

和仏法律学校講義録

著者	鶴 丈一郎, 掛下 重次郎, 志田 友吉, 岩田 一郎, 岡 實, 山田 三良
出版者	和佛法律學校
巻	3-6
ページ	1-55
発行年	1902-01-30
URL	http://hdl.handle.net/10114/5344

（明治三十四年十一月十五日第三種郵便物認可 每月二冊）
明治三十五年一月三十日發行

三十五年度 第三學年



和佛法律學校講義錄

第六號

和佛法律學校發行



第三學年第六號目次

民法親族	(自一三至一六)	法律學士 鶴 丈 一 耶
民法相続	(自九七〇至九七〇)	法律學士 掛 下 重 次 耶
商法手形	(自六八九至七六九)	法學士 志 田 友 吉
民事訴訟法	自第三編(自六八)至第五編(自六八)	法學士 岩 田 一 耶
行政法	(自一七〇至一七〇)	法學士 岡 實
國際私法	(自三三九至六四九)	法學士 山 田 三 良

雜報

○騙取ノ目的ニ出ツル強制執行○刑法改正案

是ナリ而シテ夫婦間ノ親族關係ハ離婚ニ因リテ止ムハ勿論姻族關係及ヒ繼父母ト繼子又嫡母ト庶子トノ親族關係モ同シク離婚ニ因リテ止ム夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキ亦同シ第七二九條舊民法人事編第二五條第二項)

夫婦姻族ノ關係ハ素ト婚姻ニ因リテ生シタルモノナレハ離婚ニ因リテ消滅スヘキハ自然ノ理ナリト云フモ敢テ不可ナカルヘシ外國ノ法律ニ於テハ或ハ離婚ニ因リ姻族關係ヲ消滅セシメサルモノナキニ非スト雖モ我國ノ慣習ニ於テハ離婚ヲ爲ストキハ全ク親族關係ヲ絶テタルモノト爲スヘキヤ明カナルヲ以テ本法ニ於テモ其慣習ヲ認メタリ然レトモ其關係ハ全ク婚姻アラナリシ以前ノ狀態ニ復スルモノニ非ス幾分カ其效果ノ殘存スルモノアリ例ヘハ第七百七十條ノ規定ノ如キ姻族關係ノ消滅シタル後ト雖モ直系姻族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スヲ得ス其他民事訴訟法第二百九十七條ニ證言ヲ拒ムコトヲ得ヘキ場合ヲ規定シテ原告若クハ被告又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シトセリ又同法第三十二條ニ姻族ニ付テハ婚姻ノ

090
1902
3-1-6

是ナリ而シテ夫婦間ノ親族關係ハ離婚ニ因リテ止ムハ勿論姻族關係及ヒ繼父母ト繼子又嫡母ト庶子トノ親族關係モ同シク離婚ニ因リテ止ム夫婦ノ一方カ死亡シタル場合ニ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキ亦同シ第七二九條舊民法人事編第二五條第二項)

夫婦姻族ノ關係ハ素ト婚姻ニ因リテ生シタルモノナレハ離婚ニ因リテ消滅スヘキハ自然ノ理ナリト云フモ敢テ不可ナカルヘシ外國ノ法律ニ於テハ或ハ離婚ニ因リテ姻族關係ヲ消滅セシメタルモノナキニ非スト雖モ我國ノ慣習ニ於テハ離婚ヲ爲ストキハ全ク親族關係ヲ絶テタルモノト爲スヘキヤ明カナルヲ以テ本法ニ於テモ其慣習ヲ認メタリ然レトモ其關係ハ全ク婚姻アラサリシ以前ノ狀態ニ復スルモノニ非ス幾分カ其效果ノ殘存スルモノアリ例ヘハ第七百七十五條ノ規定ノ如キ姻族關係ノ消滅シタル後ト雖モ直系姻族ノ間ニ於テハ婚姻ヲ爲スヲ得ス其他民事訴訟法第二百九十七條ニ證言ヲ拒ムコトヲ得ヘキ場合ヲ規定シテ原告若クハ被告又ハ其配偶者ト親族ナルトキ但姻族ニ付テハ婚姻ノ解除シタルトキト雖モ亦同シトセリ又同法第三十二條ニ姻族ニ付テハ婚姻ノ

解除シタルトキト雖モ判事又ハ其婦カ當事者ノ一方若クハ雙方又ハ其配偶者ト姻族ナリシトキハ其判事ハ職務ヨリ除斥セラルヘキモノトセリ判事訴訟法第四十條第百二十三條ニモ殆ト右ニ同シキ規定アリ又軌速吏規則第八條ニモ軌速吏カ其職務ヨリ除斥セラレヘキ場合ニ付キ右判事ニ於ケルト同シキ規定アリ而シテ婚姻ノ解消ハ離婚ノミニ因ルニ非ス配偶者ノ一方カ死亡シタルトキモ亦婚姻ハ解消スト雖モ其生存配偶者カ其家ヲ去ラサルトキハ姻族關係ハ消滅セサルモノトセリ是レ我國ノ人情風俗ニ適スルモノト謂フヘシ又生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキト雖モ本家相續分家又ハ廢絕家再興ノ爲メニスル場合ニ於テハ其家ト親族關係ヲ絶タサルヲ以テ第七百二十九條第二項ヲ適用セサルナリ(第七三一條)

以上ノ原因即チ離婚又ハ配偶者ノ一方カ死亡シテ生存配偶者カ其家ヲ去リタルトキハ繼父母ト繼子嫡母ト庶子トノ親族關係モ亦消滅ス何トナレハ此親族關係ハ素ト親ノ婚姻ヨリ生シタルモノナルヲ以テナリ而シテ第七百三十一條ノ規定ハ此場合ニ於テモ亦適用セラル其理由ハ前項ニ同シキヲ以テ復説セス

養子ト養親及ヒ其血族トノ親族關係ハ離縁ニ因リテ止ム(第七三〇條第一項)又養親カ養家ヲ去リタルトキハ其者及ヒ其實方ノ血族ト養子トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ム(第七三〇條第二項)

養子ト養親及ヒ其血族トノ親族關係カ離縁ニ因リテ止ムハ固ヨリ當然ノ事ト謂フヘシ何トナレハ親族關係ヲ生シタル緣組ノ解消シタル後親族關係ノミ獨リ殘存スヘキ理由ナケレハナリ又養親カ養家ノ人ニ非スシテ婚姻又ハ養子緣組ニ因リテ他家ヨリ入リタル者ナル場合ニ於テ養親カ離婚又ハ離縁ニ因リテ養家ヲ去リタルトキハ其者ト養家トノ親族關係ハ消滅スルヲ以テ養家ニ在ル養子トノ親族關係亦等シク消滅セサルヲ得ス隨テ養子ト養親ノ血族トノ親族關係モ共ニ消滅スヘキハ當然ナリ

養子ノ配偶者直系卑屬又ハ其配偶者カ養子ノ離縁ニ因リテ止ム其ニ養家ヲ去リタルトキハ其者ト養親及ヒ其血族トノ親族關係ハ之ニ因リテ止ム(第七三〇條第三項)

離縁ノ場合ニ於テ養子カ養家ヲ去ルニ當リ其配偶者直系卑屬等ハ必ス之ニ

ト其ニ其家ヲ去ルヘキモノニ非ス(第七四五條)第八七六條其ニ養家ヲ去ラザルトキハ右等ノ者ト養家トノ親族關係ハ固ヨリ依然トシテ存スト雖モ其家ヲ去リタルトキハ親族關係ハ消滅スルモノトス而シテ養子ノ配偶者ハ養子ト其ニ養家ヲ去ルコト多カルヘシト雖モ婿養子又ハ養子カ家女ト婚姻シタル場合ニ於テハ第八百十三條第十號ノ規定アルヲ以テ養子ト其ニ其家ヲ去ラサルコトヲ得又養子ノ直系卑屬及ヒ其配偶者ハ養子ト其ニ養家ヲ去ルコト事ヲ稱ナレヘシト雖モ第七百三十八條第二項ノ規定ニ依リ養家ヲ去ルコトナキニ非ス

第二章 戸主及家族

我國ノ如ク家族制度ヲ以テ組成セラレタル國ニ於テ各家族ノ團體ニハ必ス主宰者ヲ要スヘキヲ論テ埃タス此主宰者ヲ戸主ト稱シ戸主ニ隸屬スル者ヲ家族ト稱ス故ニ法律ハ本章ニ於テ如何ナル者カ戸主ニシテ如何ナル者カ家族ナリヤ又其相互ノ權利義務ヲ規定シ次ニ戸主權ノ消滅原因ヲ明カニシタリ乃チ本章ヲ分チテ第三節トス第一節總則第二節戸主及ヒ家族ノ權利義務第三節戸主

權ノ喪失是ナリ

第一節 總則

本節ニ於テハ戸主及ヒ家族ハ如何ナルモノナルカ又如何ナル原因ニ由リテ家ニ入り又他家ニ移轉シテ戸主ト爲リ又ハ家族ト爲ルカヲ定メ尙ホ新家創立廢絶家再興ノ事ヲ規定セリ

第一 戸主 戸主トハ一家ノ主宰ニシテ即チ其家ノ主權ヲ掌握スル者ヲ謂フ而シテ如何ニシテ戸主ト爲ルカハ概テ相續法ノ規定セル所ニシテ即チ戸主ノ死亡隱居國籍喪失戸主カ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ其家ヲ去リタルトキハ女戸主ノ入夫婚姻又ハ入夫ノ離縁等ニ因リ家督ヲ相續シタル者戸主ト爲リ又新家創立廢絶家再興ニ因リテ戸主ト爲ル者アリ

第二 家族 家族トハ戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者並ニ其配偶者ヲ謂フ第七三二條故ニ原則トシテ戸主ノ親族即チ六親等内ノ血族三親等内ノ姻族並ニ其配偶者ニシテ其家ニ在ル者ニ非サレハ家族タルヲ得ス然レトモ戸主ノ變更

アリタル場合ニ於テ舊戸主及ヒ其家族ハ繼令新戸主ノ親族ニ非スト雖モ其家族トス然ラスンハ戸主ノ變更毎ニ家族ハ離散セサルヘカラサルノ不都合ヲ生スルカ故ナリ尙ホ新民法施行前ニ家族タリシ者ハ施行後ト雖モ家族タルヲ失ハス(民法施行法第六二條第一項)

茲ニ所謂其家ニ在ルトハ有形上ノ一家屋ニ同居スルノ謂ニ非ス法律上ノ家ヲ同シウスルノ謂ニシテ換言スレハ同一戸籍ニ在ル者ヲ謂フ
家族ニハ當然家族タル者ト戸主ノ承認ヲ得テ家族タル者並ニ戸主及ヒ其他ノ親族ノ承諾ヲ得テ家族タル者ノ三者アリ當然家族タル者ハ子ナリ子ハ嫡出子タルト庶子タルト養子タルトヲ問ハス常ニ父ノ家ニ入りテ家族タルヲ原則トス(第七三三條第一項)然レトモ此原則ニハ例外アリ即チ入夫婚姻又ハ養子縁組ノ場合ニ於テ父其家ヲ去ルモ子ハ常ニ父ニ隨ヒテ其家ヲ去ルモノニ非ス又家族ノ私生子庶子ハ戸主ノ同意ヲ得テ其家ニ入ルモ當然其家ニ入ルコトヲ得ス又父ノ知レサル子ハ母ノ家ニ入り父母共ニ知レサルトキハ其子ノ入ルヘキ家ナキヲ以テ新ニ一家ヲ創立セシムルナリ

又子ハ父ノ家ニ入ルヲ原則トスルモ父カ子ノ出生前ニ離婚又ハ離縁ニ因リテ其家ヲ去リタルトキハ直チニ其原則ヲ適用スルコトヲ得ストナレハ若シ此場合ニ右原則ヲ適用スルトキハ子ハ出生ト共ニ婚家養家ニ非サル父ノ家ニ入ルコトト爲リ我國從來ノ慣習ニ適合セサルヲ以テナリ故ニ此場合ニ於テハ子ハ懷胎ノ始ニ遡リテ其當時父ノ屬セシ家即チ養家又ハ婚家ニ入ルヘキモノトセリ(第七三四條)

當然家族ニ非サルモ戸主又ハ戸主ノ親族ノ承諾ヲ得テ他家ヨリ其戸主ノ家ニ入ル者ヲ掲クレハ左ノ如シ

(一) 家族ノ庶子及ヒ私生子 此等ノ者ハ戸主ノ同意ナクシテ其家ニ入ルコトヲ得ス(第七三五條)元來子ハ父ノ家ニ入ルヲ原則トシ若シ父ノ知レサルトキハ母ノ家ニ入ル然ルニ庶子及ヒ私生子ハ其父又ハ母カ戸主ニ非スシテ家族ナルトキハ當然父又ハ母ノ家ニ入ルコトヲ得ストナレハ正當ノ婚姻ニ因リテ生シタル子ハ當然其家ニ入ラシムルハ戸主カ其家族ノ婚姻ヲ承諾セルニ因ルモ庶子及ヒ私生子ハ正當ノ婚姻外ニ生シタル子ナルカ故ニ此等ノ者モ當然戸主

ノ家ニ入ルモノトセハ戸主ハ其婚姻ニ同意セサルニモ拘ハラス其庶子及ヒ私生子ヲ己ノ家族トシテ之ヲ扶養セサルヘカラスルニ至リ頗ル迷惑ヲ感スルヲ以テ戸主ノ同意ヲ要セシメタルナリ

(二) 戸主ノ親族ニシテ他家ニ在ル者 戸主ノ親族ト雖モ其家ニ在ラサル者ハ戸主ノ家族ニ非ス故ニ他家ニ在ル戸主ノ親族ハ戸主ノ同意ヲ得テ其家族ト爲ルコトヲ得但し其親族カ他家ノ家族タルトキハ其家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス第七三七條第一項此場合ハ從來行ハレ來リタル慣例ニシテ他家ヨリ其家ニ入ルモノナレハ其本人ノ意思アルコトヲ要スルハ勿論新ニ入ラントスル所ノ戸主及ヒ其出タントスル家ノ戸主ノ同意ヲ得サルヘカラス尤モ轉籍者カ他家ノ戸主ナルトキハ新ニ入ルヘキ家ノ戸主ノ承諾ノミヲ以テ足ル然レトモ一家ノ戸主カ他家ニ入ルトキハ隱居又ハ廢家シタル後ナラサルヘカラス廢家ヲ爲シタルトキハ既ニ戸主ナキヲ以テ戸主ノ同意ヲ要セサルハ勿論ナルモ隱居ノ場合ハ家督相續ヲ爲シタル者ノ家族ト爲ルカ故ニ是レ亦戸主ノ同意ヲ要ス若シ又轉籍者カ未成年者ナルトキハ親權ヲ行フ父若クハ母又ハ後見人ノ同意

ヲ得サルヘカラス(第七百三十七條第二項ハ總則第四條ノ規定アルヲ以テ不必要ナルカ如キモ右總則ノ規定ハ一般ニ財產上ノ事項ニ付キ規定セラレタルモノナルカ故ニ人事ニ關シテハ直チニ之ヲ適用スルヲ得ス故ニ本條ノ規定アルヲ要スルナリ)其他ノ無能力者ニ付テハ別ニ規定スル所ナキヲ以テ白痴瘋癲者ノ如キ意思能力ヲ有セサル者ナルトキハ轉籍ヲ爲スコトヲ得ス又華禁治產者ハ法律ノ規定ナキヲ以テ保佐人ノ同意ヲ要セスシテ當然轉籍ヲ爲スコトヲ得ト謂ハサルヘカラス

(三) 第七百三十八條第一項ニ規定セル者 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入ラタル者カ其配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル自己ノ親族ヲ婚家又ハ養家ノ家族ト爲サント欲スルトキハ第七百三十七條ノ規定ニ依ル外其配偶者又ハ養親ノ同意ヲ要ス故ニ入夫トシテ女戸主ノ家ニ入り若クハ妻又ハ養子ト爲リテ他家ニ入りタル者カ其配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル自己ノ親族ヲ婚家又ハ養家ニ入レントスルニハ其本人並ニ戸主等ノ同意ヲ要スル外本條ノ規定ニ依ラサルヘカラス是レ畢竟配偶者又ハ養親ノ親族ニ非サル者ヲ配偶者又ハ養

親ノ意思ニ反シテ其家ニ入ルルトキハ一家ノ平和ヲ害スルノ虞アルヲ以テナ
リ
向ホ第七百三十七條ノ條件ヲ充タサズルモ第七百三十八條ノ條件ヲ充タスト
キハ家族ト爲ルコトヲ得ル場合アリ何トナレハ前者ハ戸主ノ親族ナルコトヲ
要スルモ後者ハ戸主ノ親族タルコトヲ要セザレハナリ唯普通ノ場合ハ戸主ノ
親族タルコトヲ多シトス
(四) 第七百三十八條第二項ニ規定セル者 血統ノ自己ヨリ直下スル者ヲ直系
卑屬ト謂フ子孫ノ如キ是ナリ而シテ其婚家又ハ養家ニ生レタル者ハ其父母ノ
離婚若クハ父又ハ母ノ離婚ニ因リテ必スシモ其家ヲ去ルモノニ非ス故ニ其父
又ハ母カ更ニ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入り又ハ實家ニ復歸スルモ其
子ハ當然之ニ隨ヒテ其家ニ入ルモノニ非ス然レトモ婚家又ハ養家ノ戸主ノ同
意ヲ得タルトキハ自家ノ家族ト爲スコトヲ得尙ホ此場合ニハ新ニ入りタル婚
家若クハ養家又ハ實家ノ戸主ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス唯自己カ他家ノ戸主ト
爲リタルトキハ之ヲ要セザルコト勿論ナリ

(五) 妻 夫カ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立シタルトキハ妻ハ之ニ隨ヒテ其家ニ
入ル(第七四五條)

以上ハ當然家族タルヘキ者ニ非スシテ其家ニ入り家族ト爲ルヘキ場合ナリ次
ニ一旦他家ニ入りタル者カ實家ニ復歸スル場合又一旦他家ニ入りタル者カ更
ニ其家ヨリ他家ニ入ル場合及ヒ一家ヲ創立スル場合並ニ他家相續分家廢絶家
再興ニ關スル規定ヲ説明スヘシ
第一 實家ニ復歸スル場合第七三九條
婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ離婚又ハ離縁シタルトキハ其
配偶者配偶者ノ親族養親及ヒ其血族トノ親族關係止ムヲ以テ婚家又ハ養家ノ
家族トシテ止マルヘキ理由ナシ故ニ此場合ニ於テハ實家ニ復歸スルコト古來
一般ニ行ハレタル慣例ナリ茲ニハ離婚及ヒ離縁ノ場合ノミヲ規定スルモ婚姻
又ハ縁組ノ無効ナルトキモ亦同シ(第七七八條第八五一條然ラハ婚姻又ハ縁組
カ取消サレタルトキハ如何)婚姻ノ取消ハ第七七九條以下縁組ノ取消ハ第
八百五十二條以下一般ノ法律行為ノ取消ハ當初ヨリ法律行為ナキモノトスル

モ婚姻又ハ縁組ノ取消ノ效力ハ既往ニ遡ラズト爲スヲ以テ或ハ實家ニ復歸セ
ナルカ如キ或アルモ其之ヲ取消サレタルトキハ實際其者ハ入ルベキ家ナシ故
ニ實家ニ復籍スヘキハ當然ナルヘシトハ前掲八五ノ條ニ於テハ復籍スルハ
以上ノ原則ニハ例外アリ其例外ヲ掲ケレハ次ノ如シ合ハズトモ復籍スルハ
(一) 實家カ廢家絶家ト爲リタル場合第七四〇條 此場合ハ實家ニ復籍スルコ
トヲ得サルヲ以テ一家ヲ創立スルコトト爲セリ尤モ其廢家絶家ヲ再興スルハ
妨ナシ

(二) 復籍ヲ拒マレタル場合第七四二條 此場合モ亦一家ヲ創立ス而シテ如何
ナル場合ニ復籍ヲ拒ムコトヲ得ルヤハ後ニ説明スヘシ

(三) 夫妻共ニ妻子ニシテ共ニ離縁ト爲リ其家ヲ去リタル場合第七四五條 夫
カ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立シタルトキハ妻ハ夫ノ家ニ入ルカ故ニ妻ハ實家
ニ復籍スルコトナシ是レ妻ハ夫ニ隨フコトヲ原則トシ同居ヲ爲スコトヲ命ス
ルヲ以テ此ノ如キ規定ヲ爲シタルナリ

(四) 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ第七百四十二條ノ規定ニ

從ヒ更ニ他家ニ入りタル後離婚又ハ離縁シタルトキハ初メ入りタル婚家又ハ
養家ニ入ルモノニシテ實家ニ復籍スルモノニ非ス是レ最初ノ婚家又ハ養家ヲ
實家ト看做スカ故ナリ

第二 他家ニ入りタル者カ更ニ他家ニ入ル場合第七四一條

是レ即チ再婚姻再縁組ノ場合ニシテ之ニ關スル規定ハ從來ノ慣例ト異ナレリ
從來ハ婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入りタル者カ更ニ婚姻又ハ養子縁組
ニ因リテ他家ニ入ラントスルトキハ一旦實家ニ復歸シタル上ニ非サレハ能ハ
ナリシモノノ如シ但養女ニ付テハ實家ニ復歸セシメスシテ養家ヨリ直チニ他
家ニ入ラシムルコトハ屬見ル所ナリ新民法ハ從來ノ慣例ノ如キ手數ヲ省キ單
ニ婚家又ハ養家若クハ實家ノ戸主ノ同意ヲ得ルヲ以テ足レリトモリ
再婚姻又ハ再縁組ヲ爲スニ戸主ノ同意ヲ得スシテ決行シタルトキハ無効ナレ
モノニ非ス唯其同意ヲ爲サナリシ戸主ハ一年內ニ復籍ヲ拒ムコトヲ得ルノ權
利アリ換言スレハ離婚又ハ離縁アリタル場合ニ復籍ヲ拒ムノ權利ヲ有ス
茲ニ注意スヘキハ最初ノ婚家又ハ養家ト更ニ入りタル婚家又ハ養家トハ親族

關係はナリ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル者カ離婚シタルトキハ勿論配偶者カ死亡シタル場合ニ其家ヲ去リタルトキハ婚家トノ親族關係ノ消滅スヘキハ第七百二十九條ノ明カニ規定スル所ナレハ其實家ニ復籍シタルト他家ニ再婚シタルトハ固ヨリ間フヘキ所ニ非サルヲ以テ前ノ婚家ハ後ノ婚家ヨリ觀レハ其者ノ實家ナリト謂フヲ得ヘシト雖モ其親族關係ハ消滅スルモノト謂ハサルヘカラス之ニ反シテ養子カ養家ヨリ更ニ他家ニ入リタル場合ニ於テハ其養家トノ親族關係ハ消滅スルモノニ非ス即チ養子カ養家先ヨリ更ニ他家ノ養子ト爲リタルモ前ノ養親及ヒ其血族ニ對シテハ尙ホ親族關係ヲ失ハサルナリ

第三 一家ヲ創立スル場合

新ニ一家ヲ創立スル場合ハ之ヲ細別スレハ左ノ如シ

(一) 父母ノ知レサル子ハ一家ヲ創立ス(第七三三條第三項)

(二) 離婚セラレ若クハ復籍ヲ拒マレタル家族モ亦一家ヲ創立ス而シテ離婚ノ場合ニ二箇アリ其一ハ第七百四十九條第三項ノ規定セル所ニシテ家族カ戸主ノ指定シタル居所ニ在ラサルカ故ニ戸主ハ相當ノ期間ヲ定メ其指定シタル場

所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告シタルモ家族カ其催告ニ應セサルトキ其二ハ第七百五十條第二項ノ規定ニシテ家族カ戸主ノ同意ヲ得シテ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタルトキ是ナリ

(三) 婚姻又ハ養子縁組ニ因リテ他家ニ入リタル者カ離婚又ハ離縁セラレタルヘキ家ナキ場合ニシテ即チ實家カ廢家又ハ絶家シタル場合ナレハ之ヲ再興スルカ若クハ一家ヲ創立セサルヘカラス(第七四〇條)

(四) 戸主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキトキハ絶家シタルモノトシテ其家族ハ各一家ヲ創立ス(第七六四條)

第四 他家相續、分家及ヒ廢絶家再興

(一) 他家相續 第九百七十九條ニ依リ家督相續人トシテ指定セラレタルトキ又ハ第九百八十二條及ヒ第九百八十五條ニ依リ家督相續人トシテ選定セラレタルトキハ家族カ他家ノ相續人ト爲ルコトアリ

(二) 分家 分家トハ家族カ戸主ノ家ヲ脱シ獨立シテ一家ヲ創立スルノ謂ナリ

(三) 廢絶家再興 廢絶トハ戸主カ故ラニ自己ノ家ヲ廢スルコトヲ謂ヒ(第七六二條第七六三條)絶家トハ戸主ヲ失ヒタル家ニ家督相續人ナキ場合ヲ謂ヒ又本家トハ自家ノ祖先カ家族タリシ所ノ家ニシテ分家トハ其祖先カ嘗テ自家ノ家族タリシ家ヲ謂ヒ同家トハ其祖先ト自家ノ祖先カ共ニ同一家族ナリシ家ヲ謂フ

夫レ家族ハ戸主ノ同意ヲ得テ他家相續等ヲ爲スコトヲ得而シテ其家族カ若シ未成年者ナルトキハ戸主ノ外親權ヲ行フ父又ハ母或ハ後見人ノ同意ヲ要ス然ルニ法定ノ推定家督相續人ハ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ス(第七四四條第一項)是レ其家ヲ絶タサシメシメカ爲メナリ而シテ本家相續ノ場合ニ之ヲ許シタルハ本家ヲ重スルノ趣旨ニ出ラタルモノニシテ又第七百五十條第二項ノ趣旨モ亦畢竟家ヲ重スルノ精神ニ外ナラスシテ第七百四十四條第一項ノ趣旨ト牴觸スル所ナシ故ニ第七百四十四條第二項ヲ以テ之ヲ明カニシタリ終ニ妻ハ夫ニ隨從スヘキモノナルヲ以テ夫カ他家ニ入り又ハ一家ヲ創立シタルトキハ妻ハ當然其夫ノ家ニ入ルヘキモノトセリ(第七四五條)

第二節 戸主及家族ノ權利義務

本節ニ於テハ戸主ト家族間ノ權利義務ヲ定メタリ先ツ第七百四十六條ノ戸主及ヒ家族ハ其家ノ氏ヲ稱ストノ規定ハ殆ト法文ヲ埃タスシテ明カナレトモ其之ヲ規定シタル所以ハ從前我國ニハ武士ノミハ必ス氏ヲ稱シタルモ商工農業者ハ氏ヲ稱スルコトヲ得ス唯特ニ功勞アル者ニ限リ之ヲ許サレタリ尙ホ從來行政上ノ慣例トシテ妻ハ他家ニ入ルモ實家ノ氏ヲ稱セシメタリ元來氏ハ自家ト他家トヲ判別スル名稱ナルカ故ニ其家ノ名稱ハ戸主及ヒ家族カ之ヲ稱スヘキハ當然ナルヲ以テ今日ニ於テハ士農工商ノ別ナク一般ニ其家ノ氏ヲ稱スヘキ至リタリ故ニ民法ニ於テハ戸主及ヒ家族ニ共通ナル權利義務トシテ之ヲ稱スヘキ旨ヲ明カニスルト共ニ舊來ノ行政上ノ慣例ヲ矯正セシメカ爲メニ本條ノ規定ヲ爲シタルナリ

法律上戸主ノ權利家族ノ義務トシテ規定シタルモノヲ舉グレハ第一家族ノ居所ヲ指定スルノ權利第七四九條第二家族ノ婚姻親子縁組ヲ爲スニ付テ同意ヲ

爲シ其ノ爲チナル權利第七五〇條ニ於テ家族ノ權利戸主ノ義務同シト規定シタルモ、其ノ權利第七四八條ニ於テ扶養ヲ受タル權利第七四七條第二節ニ於テ所有スルノ權利第七四八條ニ於テ以下法文ノ順序ニ從ヒ之ヲ分説セシム

(甲) 家族ノ權利

第二 戸主ノ扶養ヲ受タルノ權利
第七百四十七條ニ曰ク「戸主ハ其家族ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負フ」此規定ヲ爲シタルハ如何ナル理由ニ基クヤ蓋シ法律上家督相續ヲ爲ス者ハ一人ニ限リ其相續者ハ前戸主ノ總財產ヲ相續スルヲ通例トス隨テ其家族ハ特ニ遺贈又ハ贈與ヲ受クレハ格別ナレドモ概シテ無資產ナルヲ常トス故ニ戸主ニ於テ之ヲ扶養スルニ非ナレハ生活スルコトヲ得タルニ至ル實際戸主ハ家族ヲ扶養スルコトハ從來實行セラレラツアル所ニシテ法律ハ唯此慣例ヲ認メタルニ過キス而シテ其扶養ヲ爲ス義務ノ限度ニ付テハ本編第八章扶養ノ義務ノ章下ニ於テ詳説スヘキヲ以テ茲ニ之ヲ贅セス

第二 財產ヲ所有スル權利

第七百四十八條ニ「家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財產ハ其特有財產トシテ規定セリ從前ニ在リテハ一家ノ財產ハ悉ク戸主ニ屬シ家族ノ財產ヲ認メザリキ然ルニ近時之ヲ認ムルニ至リタルモ如何ナル財產ハ戸主ニ屬スルヤ又家族ノ財產ハ如何ナル種類ノモノナリヤ其之ヲ區別スヘキ標準明カナラステ屬分爭ヲ生シタリ故ニ民法ハ第七百四十八條ニ於テ戸主ト家族ノ財產ヲ區別スヘキ標準ヲ明カナラシメタリ即チ家族カ自己ノ名ニ於テ得タル財產ヲ家族ノ財產ト爲セリ例ヘハ自己カ獨立シテ營業ヲ爲シテ得タル財產又ハ遺贈贈與等因リテ得タル財產ノ如キ是ナリ
今日ノ實際ニ於テハ家族ハ殆ト常ニ戸主ト同居スルカ故ニ家族カ自己ノ名ニ於テ得タルモノナルカ又ハ戸主ノ名ニ於テ得タルモノナルカ分明ナラザル場合尠カラサルヘシ此ノ如キ場合ニモ亦之カ區別ノ標準ヲ立テサルヘカラス故ニ民法ハ第七百四十八條第二項ニ於テ戸主又ハ家族ノ孰レニ屬スルカ分明ナラサル財產ハ戸主ノ財產ト推定スルノ規定ヲ爲セリ此法律上ノ推定ハ至當ノ推定ト謂フヘシ何トナレハ戸主ハ相續財產ヲ有スルヲ當然トシ家族ハ特有財產

アルハ舉ロ稀ナリトスルヲ以テナリ故ニ若シ家族ノ財産ナル者ハ反シテ舉
ケテ法律上ノ推定ヲ破ラサルベカラズ然レモ此等ノ推定ハ事實ノ推定ニ
(乙) 戸主ノ權利
第一 家族ノ居所ヲ指定スル權利
第七百四十九條ニ家族ハ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定ムルコトヲ得スト戸主
ハ一家ノ主宰者ニシテ其家ヲ整頓シ維持スヘキ責任アルヲ以テ家族ヲシテ擅
ニ居所ヲ定ムルコトヲ得セシムヘカラス是レ家政整理上必要ノコトナリトス
故ニ家族ニシテ若シ戸主ノ意ニ反シテ其居所ヲ定メタルトキハ戸主ハ之ニ對
シ二箇ノ制裁ヲ加フルコトヲ得即チ其第一ハ家族カ戸主ノ意ニ反シ其指定シ
タル居所ニ在ラサル間ハ戸主ハ家族ニ對シ扶養ノ義務ヲ免ル其第二ハ家族カ
戸主ノ指定シタル居所以外ニ在ル場合ニ當リ戸主カ相當ノ期間ヲ定メ其指定
ノ場所ニ居所ヲ轉スヘキ旨ヲ催告シタルモ家族カ其催告ニ應セサルトキハ戸
主ハ之ヲ離籍スルコトヲ得第七百四十九條第二項第三項
茲ニ一言注意スヘキコトハ第七百四十九條ノ趣旨ハ戸主ハ如何ナル場所又如

何ナル時ニ關モス擅ニ家族ノ居所ヲ指定スルコトヲ得ヘシトノ法意ニ非ス例
ハ今日ハ此處ニ明日ハ彼處ニト云ヘルカ如ク時刻刻居所ノ移轉ヲ命スル
カ如キハ其不便不利家族ニ於テ實ニ堪ヘ得ヘカラサルモノト謂フヘシ故ニ法
律ノ趣旨ハ戸主ニ於テ相當ノ居所ヲ指定スヘキモノト解セサルヘカラス然
家族カ戸主ノ意ニ反シテ居所ヲ定ムルモ戸主ハ之ニ對シ離籍スルコトヲ得サ
ル場合ニアリ
(二) 家族カ未成年者ナルトキハ縱令戸主ハ催告ニ應メサル場合ト雖モ戸主ハ
之ヲ離籍スルコトヲ得ス第七百四十九條第三項但書其理由ハ未成年者ハ畢竟其思
慮十分ナラサルヲ以テ戸主ノ主宰ノ下ヲ脱セントスル意思ヲ完全ニ有シタル
モノト謂フコトヲ得ス加之未成年者ヲ離籍スルトキハ無賴ノ徒ヲ生スルノ虞
アルノミナラス親權者又ハ後見人ハ未成年者ヲシテ戸主ノ意ニ反シテ居所ヲ
定メシムルヲ得ルヲ以テ未成年者ハ必スシモ常ニ戸主ノ指定シタル居所ニ在
ルヲ得サルコトアルヲ以テナリ第八百〇條第九二一條但書
(三) 家族カ法定ノ推定家督相続人ナルトキハ第七百四十四條ノ規定ニ依レハ

「他家ニ入り又ハ一家ヲ創立スルコトヲ得ス云云」トアリテ戸主ノ同意ヲ得ルモ之ヲ爲スヲ得ス隨テ戸主モ亦之ニ同意スルコトヲ得ス而テ同條第二項ニ前項ノ規定ハ第七百五十條第二項ノ適用ヲ妨ケヌトアリテ右第七百五十條第二項ハ推定家督相續人ニモ之ヲ適用スヘキコトヲ明カニシタルモ第七百四十九條ヲ之ニ適用スヘキコトヲ示ササルニ依リテ觀レハ同條ハ之ヲ適用スヘカラスルヤ明カナラトス

第二 家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニ付キ同意シ又ハ同意セサル權利其思家族カ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スニ付キ一家ノ組織ニ變更ヲ來スヲ以テ主事者タル戸主モ於テ之ヲ許可スルノ權利ナカルヘカラス然レトモ戸主ノ同意ハ婚姻又ハ養子縁組ノ要件ニ非サルヲ以テ縱令戸主ノ同意ナキモ婚姻又ハ養子縁組ハ完全ニ成立スルモノナリ其故何シヤ蓋シ戸主ノ同意ナクシテハ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲スコトヲ得ストモハ頗ル戸主ノ權利ヲ廣大ナラシメ家族ノ身上ヲ制時スルノ甚シキニ至ルヘキヲ以テナリ然レトモ法律ニ於テ同意ヲ要スト爲スヲ以テ若シ其同意ヲ得タルトモ之ニ對スル制裁力カルヘカラス法律ハ第

七百五十條第二項ニ於テ之カ制裁ヲ規定シタリ即チ戸主ハ自己ノ同意ヲ得ルモ婚姻又ハ養子縁組ヲ爲シタル家族ニ對シ離婚ヲ爲シ又ハ復籍ヲ願フモノト得此制裁ハ法定ノ推定家督相續人ニモ適用スルコトヲ得第七百四十四條第二項面シテ離婚ハ元來家族ノ一身ニ限ルヘキハ勿論ナリト雖モ家族カ戸主ノ同意ヲ得スシテ養子ヲ爲シ爲ラニ離婚セラレタルトモ養子ハ養親家族ニ屬シ其家ニ入ル(同條第三項)ハ何トカレハ此場合ニ於テハ家族カ戸主ノ不當ナリシタル養子ヲ爲シタルカ爲メ離婚セラレタルモノナレハ其不當ナル養子ヲ家ニ止ムルニ於テハ殆ト離婚ノ效ナカルヘケレハナリ又家族カ戸主ノ同意ヲ得スシテ妻ヲ娶リタル場合ハ既ニ第七百四十五條ノ規定アリテ妻ハ夫ニ隨ヒテ其家ニ入ルヘキコト明カナルヲ以テ茲ニ之ヲ規定セサルナリ

戸主カ戸主權ヲ行フコト能ハサルニ至リタルトモ親族會議之ニ代リテ戸主權ヲ行フヲ以テ原則トス然レトモ戸主ノ親權者又ハ後見人アルトキハ此限ニ在ラス(第七五一條)而シテ戸主權ヲ行フコト能ハサル場合トハ戸主カ全ク意思能力ヲ喪失シタル場合又ハ其他ノ原因例ヘハ遠隔ノ地ニ在ルカ如キニ因リテ

第三節 戸主權ノ喪失

本節ニ戸主權ノ喪失ト題スレトモ戸主權ノ喪失原因ヲ悉ク網羅シタルモノニ非ス凡ソ戸主權ノ喪失原因ハ家督相續開始ノ原因ナルカ故ニ主トシテ相續編中ニ之ヲ規定シ茲ニハ相續編中ニ規定セサル隱居入夫婚姻ノ場合ヲモ包含ス及ヒ廢絶家ニ關スル戸主權喪失ノ場合ヲ規定セリ

第一 隱居ニ付テハ財產取得編第十三章相續ノ部ニ規定シタリシニ新民法舊民法ハ隱居ニ付テハ財產取得編第十三章相續ノ部ニ規定シタリシニ新民法ニ於テハ之ヲ本編中ニ規定シタリ我國ニハ隱居ハ古來行ハレタル慣習ナリ此慣習ハ武士カ老衰シ若クハ疾病ニ罹リテ兵役ノ義務ヲ盡スコト能ハサルニ至ルトキハ退隱シテ家督ヲ其相續人ニ讓ルヲ常トセリ是レ蓋シ武士ニ在リテ必要已ムヲ得サルニ出テタルナリ故ニ隱居ハ素ト武士ニ始マリシト雖モ遂ニ一般ノ習俗ト爲リ老年ニ至レハ實際家政ヲ執ルコト能ハサルト否トニ拘ハラ

ヲ失フコトト爲ルヘケレトモ此ノ如クスルトキハ正當ノ相續人ハ遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタル被相續人ノ跡ヲ直接ニ相續スルニ非スシテ一旦其被相續人ノ相續人ト爲リ後廢除セラレタル者ノ跡ヲ相續スルコトト爲リ之カ爲メ種種複雜シタル關係ヲ生シ又正當ノ相續人ノ爲メニハ時トシテ回復スヘカラサル損害ヲ生スルコトアルニ至ルヘシ然レトモ廢除ノ目的ハ元來廢除セラ

ルヘキ者ヲシテ其相續ヲ爲サシメサルニ在ルカ故ニ遺言ニ依ル廢除ノ場合ニ於テモ此目的ヲ達セシムルカ爲メニ廢除ノ裁判ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生スルコトト爲シタル所以ナリ

遺言ニ依ル廢除ノ裁判確定シタルトキハ十日内ニ遺言執行者ヨリ推定家督相續人廢除ノ届出ヲ爲スヘシ戸籍法第一三七條第一三八條ト雖モ被相續人死亡シタルモ廢除ノ遺言書アルヲ知ラサルヨリ相續開始スルヤ推定家督相續人カ家督相續ノ届出ヲ爲シ而シテ後日廢除ノ遺言書ヲ發見シタル場合ニ於テハ遺言執行者ハ遲滞ナク廢除ノ請求ヲ爲シ裁判ノ確定シタルトキハ正當ニ相續スヘキ者カ相續シ廢除ノ裁判ハ前ニ叙述スルカ如ク被相續人ノ死亡ノ時ニ遡リ

ヲ效力ヲ生スルヲ以テ推定家督相續人カ爲レタル相續ハ全ク無効ナレハ既ニ其届出ヲ爲シタルカ爲メニ其效力ニ區別アルコトナシ

○家督相續人ハ廢除ノ取消——第九百七十七條 推定家督相續人廢除ノ原因止ミタルトキハ被相續人又ハ推定家督相續人ハ廢除ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

第九百七十五條第一項第一號ノ場合ニ於テハ被相續人ハ何時ニテモ廢除ノ取消ヲ請求スルコトヲ得

前二項ノ規定ハ相續開始ノ後ハ之ヲ適用セス

前條ノ規定ハ廢除ノ取消ニ之ヲ準用ス(舊民法財產取得編第二九八條第二項、

第三項)

廢除ノ原因ハ往往ニシテ消滅スルコトアリ例ヘハ疾病ニ因リ家政ヲ執ルニ堪ヘサル者ノ疾病平癒シ家名ニ汚辱ヲ及ホスヘキ罪ニ因リテ刑ニ處セラレタル者後日再審ノ訴ヲ起シ前裁判ハ取消サレテ無罪ト爲リ浪費者トシテ準禁治產ノ宣告ヲ受ケ改悛ノ見込ナカリシ者改悛ノ實ヲ舉ケ又ハ準禁治產ノ宣告ノ取

消ヲ受ケタルカ如キ場合ニ廢除ノ取消ヲ得セシメ其相續權ヲ回復セシムルコトハ固ヨリ當然ナリ而シテ其手續ニ付テハ本法ハ既ニ廢除ハ裁判所ニ請求スヘキモノト爲シタルカ故ニ其取消モ亦之ヲ裁判所ニ請求スヘキモノト爲シタル

廢除ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ被相續人ニ限りシト雖モ廢除ノ取消ニ付テハ廢除セラレタル推定家督相續人モ重大ナル利害關係ヲ有スルカ故ニ其請求ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ

第九百七十五條第一項第一號ノ場合ニ於ケル廢除ノ原因タル推定家督相續人ノ行爲被相續人ニ對スル虐待侮辱ハ必スシモ繼續の性質ノモノニ非スシテ或ハ一時ノ感情ニ依リテ生スルコトアリ而シテ此行爲タルヤ他ノ場合ト異ナリテ單ニ被相續人ノ身上ニ關係ヲ有スルニ止マリ家名家政等ニ關セサルカ故ニ若シ被相續人ニシテ有怨スル以上ハ何時ニテモ相續權ヲ回復スルコトヲ得セシムルハ當然ナリ然レトモ此場合ニ於テハ被相續人ニ對シテ虐待ヲ爲シ又ハ重大ナル侮辱ヲ加ヘタル推定家督相續人ヨリ廢除取消ノ請求ヲ爲スコトヲ得

ス之カ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ被相續人ニ限ル。相續人廢除取消ノ請求ハ相續開始マテニ制限シ其開始後ニ在リテハ之ヲ許ササルモノト爲セリ。若シ家督相續開始ノ後ニ廢除ヲ取消スルコトト爲ストキハ元來何人カ家督ヲ相續スヘキカハ相續開始ノ時ニ定マルモノナルカ故ニ例ヘハ長男廢除サルレハ其次位ニ在ル次男其相續ヲ爲スヘクシテ次男カ相續ヲ爲シタル後ニ至リ長男ノ廢除ニシテ取消サルルニ於テハ之カ爲メ次男ノ既得權ヲ害スルニ至リ此ノ如キハ甚タ不條理ナルヲ以テ相續開始ノ後ハ廢除ノ取消ヲ許ササルモノト爲シタルナリ。

遺言ヲ以テ推定家督相續人ノ廢除ヲ許シタルト同シク廢除ノ取消ニ付テモ遺言ヲ以テスルコトヲ許ササルヘカラス然レトモ廢除ノ場合ト同シク此場合ニ於テモ遺言カ直チニ廢除ヲ取消スモノニ非ス遺言執行者カ請求ノ手續ヲ爲スヘキモノニシテ其裁判ノ效力ノ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡ルコトモ亦廢除ノ請求ノ場合ニ同シキナリ。

カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之ヲ有シタル地ノ地方裁判所ニ專屬ス人事訴訟手續法第三三條。

推定家督相續人廢除請求ノ訴ニ於ケル當事者ハ原告タル被相續人遺言ノ場合ニ於テハ遺言執行者被告タル推定家督相續人ナレトモ廢除取消請求ノ訴ニ於テハ廢除セラレタル者又ハ被相續人遺言ノ場合ニ於テハ遺言執行者原告ニシテ其相手方ハ廢除ニ因リテ推定家督相續人ト爲リタル者トス人事訴訟手續法第三四條。

推定家督相續人廢除取消ノ裁判確定シタルトキハ其取消ヲ請求シタル者ハ登記ノ取消ヲ申請スルモノトス戸籍法第一三九條。
○廢除又ハ廢除取消ノ裁判確定前ニ於ケル假處分 第九百七十八條。推定家督相續人ノ廢除又ハ其取消ノ請求アリタル後其裁判確定前ニ相續カ開始シタルトキハ裁判所ハ親族利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ戶主權ノ行使及遺産ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得廢除ノ遺言アリタルトモ亦同シ。

裁判所カ管理人ヲ選任シタル場合ニ於テハ第二十七條乃至第二十九條ノ規定ヲ準用ス

被相續人カ遺言ヲ以テ家督相續人ノ廢除又ハ其取消ノ意思ヲ表示シタル場合ハ勿論被相續人カ生前自ラ廢除又ハ其取消ノ請求ヲ爲シタル場合ニ於テモ其裁判ノ確定以前ニ被相續人死亡シ相續ノ開始スルコト紛シトセス而シテ此場合ニ於テ若シ法律上何等ノ規定ナキニ於テハ廢除ノ請求ノ場合ニ於テハ未タ廢除セラレサル推定家督相續人又廢除ノ取消ノ請求ノ場合ニ於テハ廢除ニ因リテ推定家督相續人ト爲リタル者ハ其當然ノ權利トシテ家督相續ヲ爲シテ自ラ戸主權ヲ行使シ又ハ遺產ノ管理處分ヲ爲スニ至ルヘク而シテ後裁判確定シタル時ニ於テ家督相續人ハ戸主權ハ回復スルコトヲ得ヘキモ遺產ノ如キハ既ニ處分セラレテ殘存スルモノナキ場合ヲ生スルコトアルヘク又異ニ相續スヘカラサル者ヲシテ一旦相續ヲ爲サシムルトキハ廢除又ハ取消ノ裁判ニシテ後日確定シタルトキハ相續開始後裁判確定前ニ未タ廢除セラレサル家督相續人又ハ廢除ニ因リテ家督相續人ト爲リタル者ノ爲シタル行爲ハ總テ無效ト爲ル

ヘク之ト取引シタル第三者ハ之カ爲メ意外ノ損害ヲ被ルヘキカ故ニ法律ハ此間ニ於ケル適當ノ規定ヲ設ケサルヘカラサルヲ以テ本條ノ規定ヲ設ケタルモノニシテ此場合ニ於テハ未タ廢除セラレサル者又ハ廢除ニ因リテ家督相續人ト爲リタル者ヲシテ戸主權ノ行使及ヒ遺產ノ管理ヲ爲サシメス裁判所カ親族、利害關係人又ハ檢事ノ請求ニ因リ戸主權ノ行使及ヒ遺產ノ管理ニ付キ必要ナル處分ヲ命スルコトヲ得ルモノト爲セリ

推定ノ家督相續人廢除ノ場合ニ於ケル戸主權ノ行使及ヒ遺產ノ管理ニ付テハ被相續人カ自ラ其請求ヲ爲シタル場合ト遺言ヲ以テ廢除ノ意思ヲ表示シタル場合ト其規定同一ナレトモ廢除ノ取消ニ付テハ被相續人カ生前之カ請求ヲ爲シタル場合ト遺言ヲ以テ其取消ノ意思ヲ表示シタル場合トハ同シカラス被相續人カ生前廢除ノ取消ヲ請求シタル場合ハ其廢除ノ請求ノ場合ニ於ケル規定ト同一ナレトモ被相續人カ遺言ヲ以テ廢除ノ取消ノ意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ戸主權ノ行使及ヒ遺產ノ管理ニ付キ廢除ノ場合ニ於ケルカ如キ特別ノ規定ナキカ故ニ廢除ニ因リテ家督相續人ト爲リタル者ハ後取消裁判ノ確定ス

ルトキハ戸主ノ地位ヲ退カサルヘカラサルニ拘ハラズ其間戸主權ヲ行使シ遺
産ヲ管理スルモノトス此場合ニ於テモ立法上廢除ノ場合ト同シク廢除ニ因リ
テ家督相續人ト爲リタル者ヲシテ戸主權ノ行使及ヒ遺産ノ管理ヲ爲サシメサ
ルヲ以テ可トスレトモ法律カ以上ノ如ク區別ヲ爲シタルハ蓋シ遺言ヲ以テ廢
除取消ノ意思ヲ表示シタル場合ハ相續開始ノ當時正當ノ相續人アリテ其者カ
戸主權ヲ行使シ及ヒ遺産ヲ管理セルヲ以テナラン
本條ノ場合ニ於ケル遺産ノ管理ハ概シテ不在者ノ財産ニ關スルモノト其趣ヲ
同シクスルカ不在者ノ財産管理ニ對スル如ク適當ノ監督方法ヲ定メ其權限
ノ範圍ヲ指定シ其他相當ノ擔保ヲ供セシムルコトヲ要スルヲ以テ本條第二項
ノ規定ヲ設ケ第一項ノ場合ニ於テハ不在者ノ財産管理ニ關スル第二十七條乃
至第二十九條ノ規定ヲ準用スヘキモノト爲シタル所以ナリ
戸主權ノ行使ニ付キ必要ナル處分及ヒ遺産ノ管理ニ關スル事件ハ相續人ノ廢
除又ハ其取消ノ請求ニ付キ第一審ニ於テ訴ヲ受ケタル裁判所ノ管轄ナリ(非訟
事件手續法第六六條第九三條而シテ右第一審ニ於テ訴ヲ受ケタル裁判所トハ

人事訴訟手續法第三十三條ノ規定ニ依リ推定家督相續人ノ廢除又ハ其廢除ノ
取消ヲ目的トスル訴ハ被相續人カ普通裁判籍ヲ有スル地又ハ其死亡ノ時ニ之
ヲ有シタル地ノ地方裁判所ヲ指スモノニシテ此管轄ハ專屬ナリ
○指定家督相續人 第九百七十九條 法定ノ推定家督相續人ナキトキハ被相
續人ハ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得此指定ハ法定ノ推定家督相續人アル
ニ至リタルトキハ其效力ヲ失フ

家督相續人ノ指定ハ之ヲ取消スコトヲ得

前二項ノ規定ハ死亡又ハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニノミ之ヲ適用ス(舊民
法財産取得編第二九九條第三〇〇條)
指定家督相續人ハ曩ニ舉ケタル五種ノ家督相續人中第二ノ順位ヲ占ムル者ニ
シテ被相續人カ其家督相續人トシテ意思ヲ表示シタル者ヲ謂フ而シテ此家督
相續人タルニハ被相續人ノ親族タルト否トヲ問ハズ被相續人ハ何人ニテモ其
欲スル所ノ者ヲ指定スルコトヲ得ルモノトス此種ノ家督相續人ヨリ下位ニ在
ル他三種ノ家督相續人ハ被相續人ノ親族家族本家又ハ分家ノ家族中ヨリ選定

シ此等ノ者ノ在ラサルトキ始メ他人ノ中ヨリ選定スルコトト爲レルニ親族又ハ家族ニ非サル者ニテ指定サルルコトヲ得ヘキ指定家督相繼人ヲ法律カ何故ニ他三種ノ先順位ニ置キタルカ是レ他ナシ家ニ在ル子孫ノ如キ直系卑屬又シテ家督相繼人ト爲スハ家族制度ニ於テ血統ヲ重スルコトヨリ言フモ亦被相繼人ノ意思ノ推定上ヨリ言フモ相繼上自然ノ順序ナルカ故ニ家督相繼人トシテハ此種ノ者ヲ第一ノ順位ニ置キタルトモ此家督相繼人ナキトキハ最も被相繼人ノ意ニ適スル者ヲシテ其家督相繼人ト爲シ自己ノ位置ヲ承繼セシムルハ自然ノ人情ニ適シ且從來ノ慣習ニモ適スルヲ以テナリ

被相繼人ハ場合ノ何タルヲ問ハス家督相繼人ヲ指定スルコトヲ得ルモノニ非ス其之ヲ指定スルヲ得ルハ法定ノ推定家督相繼人ナキトキニ限ル即チ最初ヨリ法定ノ推定家督相繼人ナキトキ又ハ法定ノ推定家督相繼人カ死亡シ廢除セラル(第九七五條離籍セラレ(第七五〇條第二項本家ノ相繼ヲ爲シタルトキ(第七四四條相繼人タルコトノ資格ヲ失ヒタルトキ第九六九條又ハ國籍ヲ失ヒタルトキニ限ル而シテ被相繼人カ家督相繼人ヲ指定シタルトキハ法定ノ推定家督

相繼人ナキトキニシテ其指定ハ有效ナリト雖モ此指定カ其效力ヲ生スルハ相繼開始ノ時期ニ在ルモノナルカ故ニ指定シ後ニ至リ家督相繼人ヲ廢除カ取消ナレ法定ノ推定家督相繼人タル者出生シ他ノ養子ト爲レル被相繼人ノ子離縁ニ因リテ復籍シ又ハ婚姻ニ因リテ他家ニ入リタル被相繼人ノ子離婚ニ因リテ復籍シタル等ニテ相繼開始ノ時法定ノ推定家督相繼人アルニ至リタルトキハ家督相繼人ノ指定ハ其效力ヲ失フ若シ指定ノ當時法定ノ推定家督相繼人ナキニ於テハ其指定ヲ絶對ニ有效ナリト爲ストキハ推定家督相繼人ノ相繼權ヲ害シ又被相繼人ニ於テハ法定ノ推定家督相繼人アルニ於テハ別ニ他人ヲ家督相繼人ニ指定セザリシナラント推定スルコトヲ得ヘキヲ以テ家督相繼人ノ指定ハ法定ノ推定家督相繼人アルニ至リタルトキハ其效力ヲ失フモノト爲シタルナリ

家督相繼人ノ指定ハ單獨行爲ナルヲ以テ被相繼人ハ同意ニ之ヲ取消スコトヲ得サルヘカラス然レトモ指定セラレタル者カ指定ニ應シテ承諾ノ意思ヲ表示シタル後ト雖モ仍ホ右ノ指定ヲ取消スコトヲ得ルヤ否キハ付キ疑ナシトセス

而シテ指定セラレタル者カ一旦指定ニ應シタル以上ハ綜合此者ヲシテ家督相續ヲ爲サシムルコトヲ得サル正當ノ事由アリトモ右ノ指定ヲ取消スコトヲ得サルモノト爲ストキハ被相續人ノ爲メ實際不都合ナルヲミナラズ斷ニ敘述スルカ如ク法定ノ推定家督相續人スラ之ヲ廢除スルコトヲ得ヘキ旨ヲ認メタル立法ノ趣旨ニ抵觸スヘシ故ニ本條第二項ノ規定ヲ設ケ家督相續人ノ指定ハ之ヲ取消スコトヲ得ヘキ旨ヲ明カニシタルナリ

被相續人カ家督相續人ヲ指定スルコトヲ得ルハ死亡又ハ隱居ニ因ル家督相續ノ場合ニ限リ其他ノ場合ニハ本條ノ規定ノ適用ヲ受クルコトナシ法律カ家督相續人指定ヲ右二箇ノ場合ニ限リタルハ他ナシ第九百六十四條ニ規定セル家督相續開始原因中戸主ノ死亡又ハ隱居ヲ除ク外一國籍ヲ喪失シタル戸主ハ日本ノ國籍及ヒ家ヲ重セサル者ナレハ此ノ如キ者ヲシテ一家ノ戸主タルヘキ者ヲ選ハシムヘキモノニ非ス二戸主カ婚姻又ハ養子縁組ノ取消ニ因リテ其家ヲ去リタル場合ニ於テ此ノ如キ者カ能ク其家ノ利益ヲ圖リ其家ノ戸主ニ適當ナル相續人ヲ指定スルコトハ想像スルコトヲ得サルナリ三女戸主カ入夫婚姻ヲ

爲シタル場合ヲ相續開始ノ原因ト爲シタルハ入夫ヲ戸主ト爲スカ爲メナレハ入夫以外ノ者ヲ家督相續人ニ指定スルカ如キハ了解スヘカラサルコトナリ又入夫カ離婚スル場合ノ如キハ家ト關係ヲ絶テ其家ヲ去ルモノナレハ此ノ如キ者ヲシテ家督相續人ヲ指定セシムヘカラサルコトハ右第二ノ場合ニ同シ故ニ家督相續人ノ指定ハ死亡又ハ隱居ノ如キ自然ノ力又ハ被相續人ノ任意ニ依リテ發生スル事實ニ因ル相續開始ノ場合ニ於テ一家存立ノ爲メニ家督相續人ノ必要ナル場合ニ限定シタルナリ

家督相續人指定ノ效力ハ指定セラレタル者ヲシテ家督相續人ト爲ラシムルニ在ルコトハ勿論ナレトモ指定セラレタル者カ指定シタル被相續人ノ家督相續人ト爲ルニハ單ニ被相續人カ之ヲ指定スレハ足ルカ將タ此指定ニ對シテハ指定セラレタル者ノ承諾ノ意思ノ表示アルコトヲ必要ト爲スカ指定ナルモノハ文字其モノノ意味スルカ如ク被相續人ノ決定シタル意思ノ發表ニシテ被相續人カ其相續人ト爲サント欲スル者ヲ豫定シテ其意思ヲ表示シタルトキハ法律ハ其效力ヲ認メ指定セラレタル者ハ之カ爲メ家督相續人ナル一種ノ身分ヲ取

得スルモノナレトモ指定ニ對シテハ指定セラレタル者ノ承諾ヲ必要トセザルナリ故ニ家督相續人ノ指定ニ付テハ被相續人カ隱居ヲ爲スニ付キ法定ノ條件ヲ具備セザルヨリ裁判所ノ許可ヲ得テ隱居スル場合第七五三條戶籍法第一二一條ヲ除クノ外ハ被相續人ヨリ戶籍吏ニ差出ス届書ニ指定セラレタル者ノ承諾ノ證書ヲ添附シ又ハ其旨ヲ附記セシムルコトナク全ク被相續人ノミヨリ指定ノ届出ヲ爲スニ過キス(戶籍法第一四〇條第一四一條而シテ相續ノ開始シタル際ニ至リ指定セラレタル者カ指定ニ應セント欲セバ之カ承認ヲ爲シ若シ又之ヲ欲セザルトキハ拋棄スルモノトス(第一〇一七條))

家督相續人ノ指定ハ養子縁組ノ如キ關係ヲ生スルモノニ非サルカ故ニ被相續人カ元來親族ニ非タル者ヲ指定シタルトキハ指定セラレタル者トノ間ハ親族關係ヲ有セス而シテ被相續人ノ隱居ニ因リテ相續ノ開始シタルトキハ之ニ因リテ指定セラレタル者ハ其家ニ入りテ戶主ト爲リ被相續人ハ其家族タルニ過キス又被相續人ノ死亡ニ因リテ相續ノ開始シタルトキハ此兩者ノ間家族關係ヲモ有セス唯前戶主ト相續人タル關係アルニ止マルモノトス

舊民法財産取得編第三〇〇條ニ於テハ遺言ヲ以テスルノ外被相續人カ生前普通ノ意思表示ニ依リテ家督相續人ヲ指定スルコトヲ許サスト雖モ我邦ニハ隱居ノ制アルカ故ニ普通ノ意思表示ニ依リテ家督相續人ヲ指定スルコトヲ許サザルトキハ實際上甚タ不便ヲ感セシムヘク又此ノ如キ制限ヲ設クル必要ナキカ故ニ被相續人カ隱居ヲ爲ス場合ト否トヲ問ハス普通ノ意思表示ニ依リテ相續人ノ指定ヲ爲スコトヲ許シタル所以ナリ

○家督相續人ノ指定其取消ノ方法及ヒ其成立時期 第九百八十條 家督相續人ノ指定及ヒ其取消ハ之ヲ戶籍吏ニ届出ツルニ因リテ其效力ヲ生ス戶籍法

第一四〇條乃至第一四五條

家督相續人ノ指定及ヒ其取消ハ一身一家ニ重大ナル關係ヲ有スルモノナレハ之カ效力發生ノ時期ハ判然スルコトヲ要スルヲ以テ隱居婚姻及ヒ養子縁組等ノ效力發生ノ時期ニ關スル例ニ從ヒ戶籍吏ニ届出ツレハ之ニ因リテ效力ヲ生スルモノト爲シタリ

○遺言ニ因ル家督相續人ノ指定其取消及ヒ其效力 第九百八十一條 被相續

人カ遺言ヲ以テ家督相續人ノ指定又ハ其取消ヲ爲ス意思ヲ表示シタルトキハ遺言執行者ハ其遺言カ效力ヲ生シタル後遲滞ナク之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要ス此場合ニ於テ指定又ハ其取消ハ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡リテ其效力ヲ生ス舊民法財産取得編第三〇〇條(舊民法財産取得編第三〇〇條ニ於テハ家督相續人ノ指定ハ遺言書ヲ以テ爲スヘキコトニ限リ取テ生前行爲ヲ以テスルコトヲ許サナリシト雖モ本法ニ於テハ被相續人カ生前普通ノ意思表示ニ依リ及ヒ遺言ヲ以テ指定シ得ヘキコトヲ規定シ亦其取消ニ付テモ同シ其生前ニ於ケル指定及ヒ其取消ハ前條ニ於テ被相續人自ラ之ヲ戸籍吏ニ届出ツヘキモノト爲シ遺言ヲ以テ家督相續人ヲ指定シ又ハ其指定ヲ取消シタルトキハ被相續人自身ニ之カ届出ヲ爲スコト能ハサルカ故ニ遺言執行者第一一〇六條以下ヨリ遺言カ效力ヲ生シタル後遲滞ナク之ヲ戸籍吏ニ届出ツルコトヲ要スルモノト爲セリ而シテ此場合ニ於テモ遺言カ效力ヲ發生スルト同時に指定又ハ其取消カ被相續人ノ死亡ノ時ニ遡リテ效力ヲ生スヘキコトハ第九百七十六條ノ場合ト異ナル

コトナケレハ今復々茲ニ叙述セヌ第三以テハ遺言ニ依リテ指定シタルトキハ第一種選定家督相續人ノ第九百八十二條ニ法定又ハ指定ノ家督相續人ナキ場合ニ於テ其家ニ被相續人ノ父アルトキハ父、父アラサルトキ又ハ父カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ母、父母共ニアラサルトキ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會ハ左ノ順序ニ從ヒ家族中ヨリ家督相續人ヲ選定ス

- 第一 配偶者但家女ナルトキハ之ヲ除外ス
- 第二 兄弟
- 第三 姉妹
- 第四 第一號ニ該當セサル配偶者
- 第五 兄弟姉妹ノ直系卑屬舊民法財産取得編第三〇一條第三〇二條第三〇四條

此第一種選定家督相續人ハ家督相續人五種ノ中第三種ニ屬スルモノニシテ此家督相續人ハ法定ノ推定家督相續人第一種家督相續人及ヒ指定家督相續人第

二種家督相續人共ニ之ナク又ハ指定家督相續人カ拋棄ヲ爲シタル場合ニ於テ被相續人ノ家族中ヨリ選定セラレテ家督ヲ相續スル者ヲ謂フ而シテ此家督相續人トシテ選定セラルル者ハ被相續人ノ家族ニ限ルカ故ニ經令被相續人ト以上列舉ノ如キ親族關係ヲ有スト雖モ家族ニ非サル者ハ選定セラレサルモノトス又被相續人ノ家族ニシテ或親族關係ヲ有スト雖モ例ヘハ叔父母ノ如キ者ト雖モ選定セラルヘキ者ハ以上列舉ノ者ニ限ルカ故ニ此等以外ノ者ハ選定セラルルコトヲ得サルモノトス

此家督相續人ヲ選定スル者ハ被相續人ノ家ニ父アレハ父父アラサルカ又ハ父カ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ母父母共ニアラサルカ又ハ其意思ヲ表示スルコト能ハサルトキハ親族會是ナリ

此家督相續人トシテ選定セラルヘキ者ハ以下叙述スヘキ被相續人ノ家族ニ限ルモノニシテ選定者ニ於テ自由ニ之カ選定ヲ爲スコトヲ得サルモノトス而シテ第一順位ノ者アルトキハ之ヲ選ハサルヘカラス第一順位ノ者ナキトキハ第二順位中ノ者ヨリ之ヲ選定スヘク第三以下之ニ準スルモノトス

第一順位ニ在ル者ハ家女タル配偶者ナリ被相續人ノ配偶者タル家女ヲ第一順位ニ置キタルハ主トシテ家ヲ重シ其血統ヲ斷絶セシメテラントスル趣旨ニ基キタルニ外ナラサルモノニシテ固ヨリ當然ナリ

第二順位ニ在ル者ハ兄弟ナリ被相續人ノ兄弟數人アルトキハ兄弟ニ先ツカ如キ規定ナキカ故ニ其間順位ニ於テ優劣ナキヲ以テ其中何人ヲ選定スルモ選定者ノ自由ナリ

第三順位ニ在ル者ハ姉妹ナリ被相續人ノ姉妹數人アル場合ニ於テ其中ノ何人ヲ選定スルモ亦兄弟數人アル場合ト同シテ選定者ノ自由ナリ而シテ姉妹ヲ兄弟ノ下位ニ置キタルハ相續ニ付テハ男ハ女ニ先ツハ我邦ノ慣習ニ基キタルナリ

第四ノ順位ニ在ル者ハ家女ナラサル配偶者ナリ此配偶者ハ常ニ他ヨリ被相續人ノ家ニ入りタル者ナレハ血統ヲ重スル相續ニ付キ之ヲ被相續人ノ兄弟姉妹ノ下位ニ置クハ相當ナリ

第五ノ順位ニ在ル者ハ被相續人ノ兄弟姉妹ノ直系卑屬ナリ舊民法財產取得編

第三〇一條ニ於テハ兄弟姉妹ノ直系卑屬中ニ於テハ親等ノ最地近者ヲ先ニシ又同親等中ニ在リテハ男ハ女ニ先ツモノト爲シタルモ既に此ノ如キ傍系ノ家族中ヨリ家督相續人ヲ求ムルコトト爲シタル以上ハ寧ロ其中ニ就キ廣ク適當ノ家督相續人ヲ選フノ優レルニ如カサルヲ以テ舊民法ノ如キ細則ヲ設ケナリシナリ故ニ兄弟姉妹ノ直系卑屬中ニ子孫男女等アル場合ニ於テ子ヲ選フモ孫ヲ選フモ長ヲ選フモ幼ヲ選フモ男ヲ捨テテ女ヲ取ルモ選定者ノ隨意ナリ

○順位ノ變更——第九百八十三條 家督相續人ヲ選定スルハ正當ノ事由アル場合ニ限リ裁判所ノ許可ヲ得テ前條ニ掲ケタル順序ヲ變更シ又ハ選定ヲ爲ササルコトヲ得舊民法財產取得編第三〇二條

第一種選定家督相續人ハ前條ニ規定シタル順位ニ從ヒ被相續人ノ家族中ヨリ選定スヘシト雖モ元來同條ニ列舉シタル家族ハ被相續人ノ直系卑屬ノ如ク法律上當然相續權ヲ有スル者ニ非サレハ舊民法ノ如ク法定ノ順序ニ違ハスシテ必ズ選定セサルヘカラサルモフト爲ストキ(父母力選定スルトキハ此限ニ在ラス)ハ不適當ナル者ヲモ選定セサルヘカラサルニ至ルハ法律上當然相續權ヲ

言ニ依リテノミ決定セラルヘキモノナリトノ觀念ヲ一層明瞭ナラシムルヲ得ヘキナリ

以上説明シタルカ如ク手形債務ハ其證券ニ記載セラレタル文言ニ依リテ決定セラルルノ性質ヲ有ス此特質ハ普通證券の債務ト云フノ語ヲ以テ言明セラルル所ノモノタリ手形債務ニ此證券の性質ヲ付與セル以上ハ手形上ノ債務者カ手形上ノ請求ヲ爲ス者ニ對シテ提出シ得ヘキ抗辯ノ如キモ手形以外ニ於テ存在スル事由ハ一切之ヲ否認セサルヘカラス固ヨリ手形法カ手形上ノ權利ノ主張ニ必要ナリト認メタル條件ヲ缺キタル場合ノ如キ所謂手形法ニ規定セラルル事由ニ付テハ債務者ハ之ヲ以テ對抗シ得ヘキハ勿論ナリト雖モ其以外ニ於テハ一—手形記載ノ文言ニ從ヒテ其實ニ任セサルヘカラス然レトモ元來法カ此ノ如ク手形文言ニ總テノ決定力ヲ付與セル所以ノモノハ畢竟手形ヲ取得スル者ヲシテ一ニ其文言ニ信賴スルコトヲ得セシメ以テ手形ノ流通ヲ容易ナラシメントスルニ外ナラス隨テ手形ノ第三取得者ニハ手形以外ニ如何ナル事由ノ存在アリトスルモ之ニ因リテ債務者ヨリ對抗ヲ受タルコトナク一ニ其手

形記載ノ文言ニ依リテ其權利ノ主權を得たる者ヲ當然ナリト雖
直接ノ當事者ニ付テハ毫モ此ノ如キ特別ナル證據の效果を認め得ず其權利
ヲ行使スル故ニ直接ノ當事者間ニ在リテモ證據ノ文言ヲ引用スルヲ得ず其權利
利ハ手形以外相互ノ間ニ存在スル事由ヲ以テ對抗セラルヘキモノトテ第四
○條本條ニ所謂手形編ニ規定アル事由トハ主トシテ手形上ノ債權債務ノ效力
ニ關スル規定ヨリ生ズル事由ニシテ例ハ手形行為ノ要素ノ欠缺時効保全行
爲ノ欠缺裏書ニ間斷アル場合ノ如キ是ナリ債務者此等ノ事由ヲ以テ手形上
ノ請求ヲ爲ス者ニ對抗シ得ヘキハ當然ナリ
本條ノ終ニ於テ是ニ屢々使用セタル手形ノ取得ト云フコトニ付テ一言シ併セテ
手形ノ取得者ハ如何ナル場合ニ手形法上完全ナル手形所持人トシテ其權利ヲ
主張シ得ヘキヤニ付テ説明セント欲ス手形ヲ取得ストハ單ニ手形ノ占有ヲ得
タルコトヲ意味スルニ非ズシテ正當ナル方法ニ依リテ手形ヲ占有ヲ得タルコ
ト換言スレハ手形上ノ權利ヲ取得スヘキ性質ノ法律行為ニ因リテ手形ノ占有
ヲ獲得セタルコトヲ意味スル例ハ指圖式手形ナレハ裏書ニ因リ無記名式手形

ナレハ交付ニ因リテ手形ノ占有ヲ得タルカ如シ此ノ如キ手形法上ノ適從スル
所得理由ニ因ラサル手形ノ獲得ハ手形法上所謂手形ノ取得ニ非ズルモノト知
ルヘシ此意味ニ於ケル手形ノ取得ハ手形所持人トシテ其權利ヲ主張シ得ル
缺タヘカラナルニ要件タルト同時ニ其取得カ惡意又ハ重大ナル過失ニ出テ
リシコトモ亦手形上ノ權利者タルニ必要ナル條件タリ詳言スレハ手形ノ占有
ヲ獲得シタルコトカ如何ニ正權限ニ基キタルモノナルニモセヨ其取得ノ當時
若シ其手形ニ或缺點ノ存セラルコトヲ知リ又ハ之ヲ知ラサルコトニ付キ重大ナ
ル過失アリタルトキハ其手形占有者ハ其取得ニ因リテ手形上何等ノ權利ヲ得
ルコトナキナリ例ハ竊盜ニ違フタルカ如ク偽造ニ係リ又ハ變造セラレタル手
形ト雖モ其手形ハ手形トシテ效力ヲ有スルモノナルモ其情ヲ知リ又ハ重大ナ
ル過失ニ因リテ之ヲ取得シタル者ノ爲メニ何等ノ效力ヲ生ズルコトナク又
竊取又ハ紛失遺失セラレタル手形ヲ其竊取者拾得者ヨリ惡意ナク又ハ重大ナ
ル過失ナクシテ取得シタル者ハ完全ニ手形上ノ權利ヲ行使シ得ヘシト雖モ此
條件ヲ缺キタルモノハ到底手形上何等ノ權利ヲ得ルコト能ハズ其要件ニ

手形ノ占有者カ所謂手形所持人トシテ完全ニ其權利ヲ行使シ得ルニシテ其手形ノ獲得カ手形法ニ適從スル所得方法ニ因リタルコト(一)惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ之ヲ取得シタルコト此二箇ノ條件ヲ具備スルコトヲ要ス此二條件ニシテ完備シタルンニハ偽造又ハ變造セラレタル手形ト雖モ之ニ署名シタル者ハ此取得者ニ對シテ手形ノ文言通り其責任ヲ負擔スヘク又喪失セラレタル手形ニ在リテハ先ノ手形所有者ハ其權利ヲ失ヒ隨テ此取得者ニ對シテ最早手形ノ返還ヲ請求シ得タルコト爲ルナリ第四三七條第三項第四一一條)此ノ如ク手形ノ嚴格ナル性質ハ善意又ハ輕過失ノ手形取得者ノ爲メニ一種特別ノ效果ヲ生スルカ故ニ手形ノ喪失ハ極メテ危險ナル結果ヲ生スルモノナリ固ヨリ手形ノ所有者ハ單ニ其手形ヲ竊取セラレ又ハ紛失遺失シタリトノ事實ノミニ因リテハ敢テ其權利ヲ失フコトナク隨テ此場合ニハ民事訴訟法第七編ニ規定セル公示催告ノ手續ニ依リ(民法施行法第五七條參照又ハ商法第二百八十一條)規定ニ依リ法律ノ保護ヲ受タルコトヲ得ヘシト雖モ縱令此等ノ手續ヲ踐行スルモ必スシモ其權利保全ノ目的ヲ達シ得ルモノニ非ス何トナレハ其

喪失手形ノ現占有者カ正當ノ方法ニ依リ且惡意又ハ重大ナル過失ナクシテ之ヲ取得シタルモノナルニ於テハ到底之ニ對抗シ得タレハナリ手形喪失ノ場合ニ公示催告ニ依リテ其權利保全ノ目的ヲ達シ得ル場合ハ其催告期間内ニ届出ヲ爲シタル現占有者カ如上ノ二條件ヲ具備セザルモノナルトキ又ハ此二條件ヲ完備セル手形所持人アルモ其期間内ニ請求又ハ權利ノ届出ヲ爲サザルトキナリ詳細ハ本講義ノ範圍外ナルヲ以テ略ス

第三節 手形ニ關スル行爲ノ場所

手形上ノ權利ヲ行使シ又ハ之ヲ保全スルニハ一定ノ手續ヲ踐行セザルヘカラス例ヘハ手形ノ引受又ハ支拂ハ手形ヲ支拂人ニ呈示シテ之ヲ請求スルヲ要シ其請求カ效果ヲ奏セザル場合ニ擔保ヲ請求シ又ハ償還ヲ請求セントスルニハ拒絕證書ト稱スル一定ノ證券ヲ作成シ且其請求ノ旨ヲ通知スルヲ要シ又ハ債本若クハ原本ノ所持人カ其權利ヲ行使スルニハ他ノ複本若クハ原本ノ返還ヲ請求スルヲ要シ其返還ナキニ於テハ拒絕證書ヲ作成スルヲ要スルカ如キ是ナリ

手形上ノ權利者カ支拂人支拂擔當者、豫備支拂人引受人、裏書人等ニ對シテ此等ノ行爲ヲ爲サントスル付キ法ハ又之ニ一定ノ場所ヲ規定シ居ル其場所ハ原則トシテハ其利害關係人ノ營業所若シ營業所ナキモハ其住所又ハ居所ナリ如上ノ手續ハ必ス此場所ニ於テ之ヲ履踐セザルカテハ手形ハ主トシテ商人ニ依リテ發行セラレ使用セラレ使用セララル例トシ而シテ商人ニハ萬般ノ取引ヲ處理スベキカ爲メ特ニ設ケタル營業所ノ存在スルヲ常トスルカ故ニ本文ハ必ス先ツ其營業所ニ就テ其手續ヲ爲スヘキモノト規定シ商人ニシテ特別ナル營業所ナキカ又ハ其關係者カ非商人ナル場合ニハ其住所又ハ居所ニ於テ爲スヘキモノトシタルナリ此ノ如ク其手續ハ利害關係人ノ場所ニ於テ爲スモト定メタル所以ハ他ナリ手形ハ流通性ヲ證券ナカ故ニ其手形カ何人ノ手ニ歸屬セタルヤハ利害關係人ノ通知シ得タル所ニシテ其支拂ヲ爲シ償還ヲ爲スハニ手形權利者ノ行爲ヲ待テ之ヲ爲ス外ナリ而シテ其引受又ハ支拂拒絶ノ事實モ亦其場所ニ於テ發生スヘキモノナルカ故ニ其拒絶證書ヲ作成等絶テ手形ニ關セテ爲スルハ其行爲ハ場所ノ勢ト受働者ノ方面ヨリ生

ル之ヲ決定スルハ必要アリ此ノ如キ規定ハ畢竟手形本來ノ性質ヨリ流出スル自然ノ結果ナリ其謂フ所者第一第四二條第一項ニ關シテ附屬ノ規定ナリ此ノ如ク利害關係人ニ對シテ爲スヘキ行爲ノ場所ハ法ニ依リテ一定セザルニトスルモ其場所タルヤ事實ニ上ニ於テ不分明ノ場合ナキヲ保セス此場合ニハ如何ニ處スヘキモト云フハ問題ヲ生スルカリ固ヨリ此場合ト雖モ既ニ一定ノ場所カ手形ニ關シテ爲サルヘキ行爲ノ場所ト確定セラレタル以上ハ其行爲ヲ爲サントスル者ニ此場所ヲ搜索スルニ付キ相當ノ手續ヲ爲スヘキ責任ヲ負ハシムルハ當然ニシテ單ニ其不分明ノ故ヲ以テ法ノ命令スル手續ヲ踐行セシメ止ムヘキニ非サルナリ而シテ斯ル場合ニ其搜索ニ付キ最も便宜ヲ與フ者ハ何ゾ警察官署町村役場市役所又ハ區役所ナリ蓋シ此等ノ官署又ハ公署ハ或ハ戸籍簿ヲ具ヘ或ハ其管内所住ノ人員ニ付キ如上ノ場所ヲ示スニ足ルヘキ相當ノ調査ヲ整ヘ居ルハタレハ其故ニ公證人又ハ執達吏カ果シテ法ヲ要求スル行爲カ爲サレ居ルモ否ヤヲ證明スル拒絶證書ヲ作成セシトスルニ當リ利害關係人ノ營業所住所又ハ居所カ判明セザルナリ其地ノ官署又ハ公署

對シテ必ス之ヲ同合セテ爲ナルヘカラス其照會ヲ爲ス尙ホ且其場所ヲ知
得タル場合ハ如何法ハ強ヒテ難キヲ人ニ責ムルモ之ニ非ス斯ル場合ニハ其
公證人又ハ執達吏ハ其役場又ハ官署若シハ公署ニ於テ其手續ヲ爲シ得ルナリ
(第四四二條第二項) 茲ニ利害關係人ノ營業所住所又ハ居所カ知レサルトキト云テハ支拂地ノ區域
内ニ於テ此法定ノ場所カ不分明ナルカ又ハ存在セザルコトヲ意味シ支拂地ノ
區域外ニ於テ其場所ノ分明セルト否トヲ問ハサルナリ故ニ官署又ハ公署ニ問
合セテ爲シタルトキ其場所ヲ知リ得タリトスルモ其場所カ支拂地ノ區域外ニ
在ル場合ニ於テハ特ニ之ヲ追及シテ其場所ニ手形ヲ呈示シ其場所ニ於テ拒絕
證書ヲ作成スルノ必要ナシ公證人又ハ執達吏ハ等シク其場所カ知レサルモ
トシテ自己ノ役場又ハ官署若シハ公署ニ於テ拒絕證書ヲ作成シテ可ナリ否支
拂地以外現住ノ場所ニ就テ手形ヲ呈示シ拒絕證書ヲ作成スルカ如キハ却テ之
カ爲メニ法ノ要求スル手續ヲ缺キタルモノトシテ手形上ノ權利ヲ喪失スルノ
結果ヲ生スルコトナルヘキナリ蓋シ手形ノ所持人ハ手形ノ文書ニ依リテ其權

利ヲ主張シ得ヘキモノナルカ故ニ支拂地以外ニ於テ其權利ヲ行使スルノ義務
ナキト同時ニ手形債務者モ亦其文書ニ反シ支拂地以外ニ於テ其請求ヲ受ケル
ノ義務ナクシテハナリ立法ノ趣旨此ニ存スルコト第四百九十條ノ規定ヲ參照シ
テ益々其觀念ヲ明カニシ得ヘキナリ(爲替手形及ヒ小切手ニ在リテハ手形面ニ必
ス支拂地ノ記載アリ約束手形ニ在リテハ之ヲ缺タコトアルモ其場合ニハ振出
地カ支拂地ト爲ルナリ) 此ノ如ク手形ニ關シテ爲スヘキ行為ノ場所ハ法律上一定シ居リテ此場所以外
ニ於テ爲サレタル行為ハ手形法上何等ノ效力ヲ生セサルヲ原則トスルモ之ニ
對シテ法ハ一定ノ條件ノ下ニ或例外ヲ認メタリ即チ利害關係人カ特ニ法定ノ
場所以外ニ於テ其行為ヲ受ケヘキコトヲ承諾シタルトキ是ナリ蓋シ承諾アリ
タルトキハ毫毛之ヲ否認スヘキ理由ナク且之ヲ認容スル方却テ大ナル利便アリ
ルヘキカ故ニ法ハ之ニ對シテ法定ノ場所ニ於テ爲サレタルト同一ノ效力ヲ付
與シタルナリ(第四四二條第一項但書) 此例外ニ付テハ別ニ深ク説明ヲ要セズト
雖モ特ニ講究ヲ要スル問題ハ手形ニ支拂ノ場所カ指定セラレ居ル場合ニ關ス

ルモノナリ法ハ手形ノ振出人及ヒ引受人ニ對シ支拂ヲ爲スニ付キ特ニ支拂地ニ於ケル法定以外ノ場所ヲ指定シテ之ヲ手形ニ記載シ得ヘキコトヲ認メ居ルナリ(第四五四條第四七三條第五二九條)此法定ノ場所ハ手形法上如何ナル效力ヲ生スルヤト云フコトニ付テハ嘗テ多少疑義ヲ生シタルコトアリシモ今日ニ於テハ殆ト其場所カ手形ニ關シテ爲サルヘキ行為ニ付キ法定ノ場所ト同一ノ作用ヲ爲スモノナリトシコトニ一定シタリ即チ支拂ノ爲メニ手形ノ呈示カ其場所ニ爲サルヘキハ勿論支拂ヲ得サルトキニ於ケル拒絶證書モ亦其場所ニ於テ作成スヘキモノトス故ニ此場所ヲ攔キテ所謂法定ノ場所ニ於テ手續ヲ爲シタルトキハ其行為ハ手形法上ノ效力ヲ生セサルナリ何トナレハ法カ手形ニ支拂ノ場所ヲ記載スルコトヲ認容シタルハ手形所持人ノ便益ヲ計リタルニ非スシテ(所持人ノ便益ヲ計リタルモノナリトセハ所持人ハ其場所ニ於テ支拂ヲ求ムルノ權利アルモ義務ナキ結果ヲ生ス)ニ支拂人ノ利益ヲ目的トシテ起リタルモノナルカ故ニ實際ニ就テ觀ルモ手形ニ支拂ノ場所ヲ記載スルハ畢竟支拂人カ自己ノ帳場ニ於テ現金ヲ支拂スルノ煩勞ヲ避ケシカ爲メ特ニ其取引

右ノ如ク我民事訴訟法及ヒ獨逸舊民事訴訟法ニ於テハ新請求及ヒ訴ノ變更ニ關シ公益上ノ理由ニ基キ制限ヲ附シタリト雖モ獨逸新民事訴訟法ニ於テハ此制限ヲ寬ニシ新請求ト雖モ相手方ノ承諾アルトキハ控訴審ニ於テ新ニ提起スルコトヲ許シ相殺ノ抗辯モ相手方カ之ヲ承諾シ或ハ承諾ナキモ被告カ過失ニ非スシテ第一審ニ於テ提起スルコト能ハサリシコトヲ疏明シタルトキハ之ヲ許スモノト爲セリ(獨逸新民事訴訟法第五二九條第二項第三項)訴ノ變更ニ付テモ亦當事者ノ承諾アルトキハ第二審ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ許スモノトセリ(同第五二七條)是レ當事者ニ公益上設ケタル審級ノ秩序ヲ強制セサル精神ニ出タルモノニシテ當事者カ二審級ノ審理ヲ受ケルノ權利ヲ合意ヲ以テ拋棄セシト欲スルニ拘ハラス國家カ強制シテ二審級ノ審理ヲ受ケシムル必要ナキハ第一審ニ對スル判決ニ付テ控訴權ヲ拋棄スルコトヲ得ル權利ヲ認メタルト同シク必要ナシト認メタルニ由ル故ニ第一審ヲ經サル新請求若クハ變更シタル新訴ニ付キ控訴審ハ事實ノ終審トシテ且第一審トシテ審理スルモノト謂フヘキナリ此新民事訴訟法ノ規定ハ舊民事訴訟法ニ比シ訴訟材料ニ付キ控訴ノ内

容ノ範圍ヲ擴張シタルモノト謂フヘキモ控訴ノ主義ニ於テ變更ヲ生シタルモノニ非ストス

(二) 控訴審ニ於テ不服ノ申立アリタル判決ノ當否ヲ審査スルニハ第一審ニ於テ終結シタル口頭辯論ヲ再開シテ爲スモノナリ故ニ其結果トシテ

(4) 控訴裁判所ハ第一審ノ口頭辯論ヲ終結シタルトキニ於テ第一審ノ辯論ニ存在シタル訴訟材料ヲ不服ノ申立アリタル判決ノ當否ヲ審査スルノ基本ト爲スモノナリ故ニ各當事者ハ其控訴若クハ附帯控訴ノ申立及ヒ不服ヲ申立

タル裁判ノ當否ヲ明瞭ナラシムルカ爲メニ必要ナル限ハ控訴審ノ口頭辯論ニ於テ第一審ニ於ケル辯論ノ結果ヲ正確且完全ニ演述セザルヘカラス第四一二條第一項獨逸舊民事訴訟法第四八八條同新民事訴訟法第五二六條即チ當事者ハ不服ヲ申立テタル裁判ノ基本ト爲リタル訴訟材料ヲ總テ控訴審ノ口頭辯論ニ於テ演述シ以テ控訴審ノ訴訟材料ト爲スモノナリ
控訴ヲ申立テタル裁判ノ理由ト爲リタル中間判決ノ訴訟材料ニ付テモ亦同
故ニ第一審判決ノ基本ト爲リタル口頭辯論終結ノ際存シタル攻撃防禦ノ

方法事實上ノ主張爭若クハ明白シタル陳述證據反對證據ノ申立及ヒ之ニ關スル陳述並ニ證據調ヲ爲シタル訴訟材料ハ控訴審ノ訴訟材料ト爲ルモノナリ第四百十二條ノ規定ニ依リテ控訴審ノ審理ハ第一審ノ訴訟材料ヲ基本ト爲スモノナルコトハ之ヲ推知スルヲ得ヘク隨テ控訴審ノ辯論ハ第一審ノ辯論ヲ再開シテ續行スルモノナルコトヲ知ルヲ得ヘシ
(四) 第一審ノ訴訟材料ハ第一審ノ口頭辯論ヲ再開シタル場合ニ於テ當事者カ廢棄若クハ變更スルコトヲ得ルモノニ限リ控訴審ニ於テ其當事者カ廢棄若クハ變更ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ故ニ當事者カ第一審ニ於テ提出シタル攻撃防禦ノ方法其他申立主張證據申出等ハ控訴審ニ於テモ第一審ニ於テ爲シ得ル限リ明示若クハ暗示ニ拘束スルコトヲ得ルモノナリ然レトモ證據調アリタル證據價值ハ第一審ニ於ケルト同シテ控訴審ニ於テモ拋棄スルコトヲ得ス又第一審ニ於テ爲シタル事實若クハ書證ニ關スル陳述ハ控訴審ニ於テモ亦其效力ヲ有スルモノナリ故ニ之ヲ以テ第一審ニ於テ爭ハレタルモノハ控訴審ニ於テモ爭ハレタルノ效力ヲ生シ爭ハタルモノハ又控訴審ニ於テ

モ争ハサルモノト爲ル此等ノ事項モ第一審ニ於テ變更シ得ヘキ限ハ控訴審ニ於テモ亦争ヒ又ハ争ハサルモノニ變更スルコトヲ得ヘシ裁判上ノ自由ハ控訴審ニ於テモ亦其效力ヲ有ス(第四一八條)獨逸舊民事訴訟法第四九四條同新民事訴訟法第五三二條然レトモ其自由力錯誤ニ出ラタルコトヲ證明シタル場合ニ於テハ第一審ニ於ケルト同シタ控訴審ニ於テ取消スコトヲ得ルハ勿論ナリ(次ニ)民事訴訟法第百十一條ノ推定ハ控訴審ニ於テモ亦其效力ヲ有シ唯當事者力之ヲ追完スルコトヲ得ルニ過キス即チ事實又ハ證據ニ付キ當事者力第一審ニ於テ爲サザリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ハ第二審ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(第四七條)獨逸舊民事訴訟法第四三二條同新民事訴訟法第五三一條民事訴訟法第百十一條ノ規定ニ依レハ當事者力相手方ノ主張シタル事實ニ對シテハ陳述ヲ爲スヘキ義務アルモノニシテ若シ争ヒタルモノト認メラレサルトキハ相手方ノ主張ニ對シ陳述セサルトキハ自白シタルモノト看做サルヘキモノナリ即チ第一審ノ口頭辯論終結ノ際ニ於

テ第百十一條ノ規定ニ依リテ自白シタルモノト推定セラレタルトキハ其推定ハ判決ノ基本ト爲リ得ルモノナリ然レトモ第一審ニ於テ終結シタル辯論ヲ第一審ニ於テ再開シタルトキハ再ヒ其陳述ヲ爲シ自白ノ推定ヲ嗣スコトヲ得ルモノナルヲ以テ控訴審ニ於テモ爲サザリシ陳述拒ミタル陳述ハ各當事者ハ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ尙ホ第一審ニ於テ爲シタル證據ハ控訴審ニ於テモ其效力アルモノナレトモ證據調ノ結果ナル實體上ノ證據ノ價值ハ第一審ノ辯論ノ全趣旨ヲ斟酌シテ控訴裁判所自由ニ判斷ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ(次ニ)新民事訴訟法第百十一條ノ規定ニ依リテ自白シタルモノト推定セラレタル場合ニ提出スルコトヲ許ササルモノニ限リ控訴審ニ於テモ亦提出スルコトヲ得ルモノナリ故ニ第一審ノ判決形式上不適當ナルコトヲ主張スル場合ニ於テハ形式ニ關スル新事實新證據方法等ヲ第一審ニ提出スルコトヲ得タリシモノニ限リ控訴審ニ提出スルコトヲ得ヘシ即チ妨訴抗辯ニ關シテハ第一審ト同シタ當事者ノ拋棄シ得サルモノ何時ニテモ控訴審ニ於テ提

(一)

出スルコトヲ得ルモ當事者カ拋棄スルコトヲ得ヘキ妨訴ノ抗辯ハ其過失ニ非スシテ第一審ニ提出シ能ハザリシコトヲ疏明スルコトヲ得ルトキニ限リ控訴審ニ新ニ提出スルコトヲ得第四一四條條第一項獨逸舊民事訴訟法第四九〇條同新民事訴訟法第五二八條其他訴訟條件ニ關スル抗辯モ當事者カ第一審ノ辯論再開ニ於テ提出シ得ヘキモノハ總テ控訴審ニ於テ提出シ第一審判決ノ不合法ヲ主張スルコトヲ得ルモノナリ妨訴ノ抗辯ハ第一審ニ於テモ本案ノ辯論前同時ニ之ヲ提出スヘキコトヲ命シ被告ノ拋棄シ得ヘキモノハ其過失ニ非スシテ本案ノ辯論前ニ抗辯ヲ主張スルコト能ハザリシコトヲ疏明スルトキニ限リ之ヲ主張スルコトヲ得ル趣旨ト一致スルモノナリ(第二〇六條第二項)唯區裁判所ニ於テハ裁判所管轄違フ抗辯ヲ除キ其他ノ妨訴抗辯ハ口頭辯論ノ終結ニ至ルマデ之ヲ主張スルコトヲ許スト雖モ是レ便宜ノ規定ニシテ特ニ區裁判所ニ於ケル例外ト爲シタルモノナルヲ以テ區裁判所事件ノ控訴ニ付テハ少シク其變更ヲ來スモノナリ(第三七九條參照)又第一審ノ判決カ實體上不當ナルコト即チ係争關係ノ眞實ニ適セザルコト

ヲ主張スル場合ニ於テモ第一審ノ辯論終結前ニ提出スルコトヲ得ヘキ攻擊防禦ノ方法新事實新證據方法ハ當事者カ第一審ニ於テ提出セザリシモノハ勿論一タヒ提出シテ裁判所ヨリ排斥セラレタルモノナルト若クハ當事者カ拋棄シタルモノナルト問ハス總テ其提出ヲ許ス第四一五條然レトモ自白シタル事實ニ抵觸シタル新事實或ハ期間ノ經過ニ因リ或ハ數額ノ裁判ヲ留保シテ原因ニ付テ判決ヲ爲シ(第二二八條第二項其原因ニ付テノ判決カ確定シ攻擊防禦ノ方法ヲ行フ權利ヲ喪失シタル場合ノ如キハ之ニ關スル攻擊防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ許サス然レトモ單ニ下級裁判所カ羈束セラレヘキ中間判決ニ關スル訴訟材料ハ下級裁判所カ辯論ヲ再開スル際ニ於テ下級裁判所ニ提出スルコトヲ得サルモノト雖モ控訴裁判所ニ於テハ之ニ關スル訴訟材料ノ提出ヲ許ス如何トナレハ控訴裁判所ニ於テハ前審ノ終結シタル辯論全部ヲ再開スルモノナレハ終局判決ノ前提ト爲リタル中間判決ニ關スル辯論ノ如キハ當然再開ノ辯論ニ包含セラレルモノニシテ終局判決前ニ爲シタル中間判決モ亦控訴審ノ判斷ヲ受クヘキモノナレハナリ(第三九七條)

(三) 前(二)ニ通ヘタルカ如ク控訴裁判所ニ於ケル事件自體ニ付テハ審査ハ第一審ニ於テ提出セラレタル訴訟材料ニ第二審ニ於テ提出セラレタル訴訟材料ヲ加ヘテ不服ヲ申立テタル判決ノ當否ヲ審査スルモノナルカ故ニ不服ヲ申立テラレタル判決ヲ以テ裁判セラレタル當事者ノ請求ニ關係ナキ新舊ノ訴訟材料ハ控訴裁判所ハ之ヲ審査スルノ必要ナシト雖モ當事者ノ請求ニ關係セル訴訟材料ハ第一審ニ提出アリタルモノナルト新ニ控訴審ニ提出アリタルモノトヲ問ハス又下級裁判官カ提出アリタルニ拘ハラズ裁判ヲ爲スニ必要ナラストシテ不同ニ付シタルモノナルトヲ問ハス總テ控訴審ニ於テハ之ヲ審査スルハキモノナリ故ニ控訴裁判所ハ控訴審ニ新ニ提出アリタル訴訟材料若クハ第一審ニ提出アリタル訴訟材料ヲ第一審裁判官カ不問ニ付シタルノ理由ニ基キ下級裁判所ニ於テ請求ニ付キ新ニ當事者ヲシテ辯論ヲ爲サシムルカ爲メ事件ヲ下級裁判所ニ差戻スノ權能ヲ有セサルモノナリ控訴裁判所ハ新訴訟材料若クハ第一審裁判官カ不問ニ付シタル訴訟材料ニシテ當事者ノ請求ニ關係スルモノナル以上ハ此等ノ訴訟材料ニ付キ辯論裁判ヲ爲ササルヘカラス即チ第一審裁判

ニ依リ自ラ其權限ヲ決定スルノ權カキヲ以テ若シ裁判所ト行政廳トノ間ニ權限爭議アルトキハ行政廳ハ常ニ弱者ノ地位ニ立テ裁判所ノ權限決定ニ拘束セラレタルヘカラス云云ト此說ハ裁判所構成法及ヒ行政裁判法ニ於テ裁判所ノ獨立ヲ確保スルカ爲メ裁判所自ラ法規ノ範圍内ニ於テ其權限ヲ決定スヘク敢テ行政部若クハ元首ノ干渉命令ヲ待タサル旨ノ規定ニ胚胎シテ起リタルモノナルヘシト雖モ此等規定ノ真意ハ「裁判所ノ獨立アルニトテ殆ト同一意義ニ歸着シテ止ムモノナルニ拘ハラズ論者ハ裁判所ノ權限ノ決定ハ外部ニ對シテ行政廳ヲ偏東スルモノナリト誤解シタルモノナリ行政廳ハ訴訟當事者ニ非ス亦下級官廳ニモ非サルナリ裁判所カ單獨且任意ニ爲シタル權限ノ決定ニ拘束セラルルノ理由ハ毫モ之ヲ發見スルコトヲ得ス畢竟此說ハ法律ノ誤解ニ出ラレモノニ外ナラサルナリ

第三章 官吏

第一節 官吏ノ性質

行政官 行政ノ組織 官吏 官吏ノ性質

實_ニ質_上ノ意_ニ味_ニ於_テ官吏ノ定_メ解_ストキハ法令ニ依_リテ統治機關ニ分配セ_ルレタル政務ニ從事スヘキ義務ヲ有スルモノナリト謂フヲ得ヘシ此意義ニ依_リトキハ雇員ノ如キモ亦官吏ナリト謂フヲ得ヘク必スシモ本國人タルヲ要セ_ルルヲ以テ雇外國人ノ如キモ官吏ナリト謂フヘク又必スシモ官吏任命ノ形式ニ據ルコトヲ要セ_ルルヲ以テ特遇官吏ノ如キモ亦官吏ナリト謂フヘク又其分限ヲ直接ニ君主ニ隸屬スルコトヲ要セ_ルルヲ以テ議員ノ如キ又公共團體ノ吏員ノ如キ等シク官吏ナリト謂フコトヲ得ヘキナリ是ヲ以テ凡ソ國家ノ事務ニ從事スル義務ヲ有スル者ハ總テ之ヲ官吏トシテ本章ニ説明セ_ルルカ_ニカ_ニカ_ニ至ルヘシ然_レ而シテ現行法ハ果シテ此ノ如キ意義ニ於_テ官吏ナル觀念ヲ定_メタリヤト云フニ決シテ然_ラズ果シテ然_ラハ他ニ一定ノ實_上ノ標準ヲ捉_フ或ハ命令權ノ行使ニ屬スル事務ヲ分掌スルヲ以テ官吏ナリトスルカ或ハ天皇直接ノ任免ニ係ルヲ以テ官吏ナリトスルカ或ハ又官吏ニ非_ズル特遇官吏又ハ雇員嘱托等ノ負ハサル義務ヲ負ヒ有セ_ルル權利ヲ有スル者ハ官吏ナリトスルカト云フニ現行法ハ決シテ此等實_上ノ標準ヲ立_テテ官吏ノ觀念ヲ定_メタ_ルモノモ

ノニ非ス。現行法ニ於ケル官吏ノ觀念ハ形式的ナリ換言セバ官吏タル名稱ヲ有スル者ハ皆官吏ニシテ苟モ之ヲ有セザル者ハ其職務所ノ事務ノ官吏ト同一ナルモ將タ其享有スル權利負擔スル義務並ニ官吏ト同一大ルモノ之ヲ官吏ト稱スルコトナシ現行法上ノ官吏ハ其實質上ノ標準ニ依リテ待遇官吏關託職員等ノ區別ヲ設ケラレタルモノニ非サルカリ今本章ニ於テ官吏ノ觀念ヲ説明スルニ當リ茲ニ就事實上ノ標準ヲ定メテ官吏ト然ラサル者トヲ區別シ逐一之カ說明ヲ下スハ最も學理ニ適スト信スト雖モ此方法ヲ採ルトキハ官吏ニ關スル法令ノ説明頗ル錯綜ヲ極メ記憶ニ便ナラサルヲ以テ茲ニハ便宜上現行法ニ所謂官吏ノ通有性ヲ説明シ其他之ニ準スル各種ノ吏員ニ付テハ其之ヲ規定スル法令ノ規定ヲ逐フテ諸君ノ自ラ攻究セラルル所ニ委セシムル計ニ決シ又國體論左ニ官吏ノ定義ヲ揭ケ且之ヲ分析説明スヘシ

官吏ハ本國人タル官吏任命ノ形式ニ依リテ統治機關ニ分配セラレタル事務ヲ管掌スルヘキ公法上ノ義務ヲ負擔シ其分限ニ直接ニ元首若シテ總屬スル本國人タル自然

人ナラズ或ハ本國人タル自然人ナラズ或ハ外國人タル自然人タル

(第二) 官吏ハ本國人タル自然人ナリ 官吏ハ本國人ナラサルヘカラスルコト及ヒ法人ハ官吏タルコトヲ得サル所以ニ於テ現行法律明文ニ依リ規定地所タル事項ニ非スト雖モ從來ノ慣行ニ依リ及ヒ理論ニ依リテ定テ審スルニ現行法ハ其精神上此主義ヲ認ムルモノト謂ハサルヘカラス官吏ハ本國人タラサルヘカラストノ理由ハ外國人ハ他國ノ領土内ニ在リテモ仍ホ條約又ハ國際慣例若クハ國際法ニ依リテ本國政府ノ命令ニ服従スベキ義務ヲ有シ又一定ノ場合ニ於テハ本國政府ノ保護ヲ受タル權利ヲ有スルヲ以テ所屬國以外ノ主權者ノ命令ニ對シ官吏トシテ完全ナル義務ヲ履行スルコト能ハサルノ理由ニ出ツ歐洲ノ國法中ニ於テ明文ヲ以テ外國ニ於テ官吏タル身分ヲ取得スル自國ノ臣民ハ其本國ニ對スル忠實ノ義務ヲ破ルモノトシテ當然其國籍ヲ喪失セシメ又外國人ヲ官吏トシテ其國ニ任用スルトキハ當然其國ノ國籍ヲ取得セシムルコトヲ規定セルハ此理ニ基ケルモノナリト謂フハシ我帝國憲法第十九條ハ日本臣民ハ均シク文武官ニ任セラレ云々ト規定セルカ此憲法ノ條項ハ單ニ各人平等主義ヲ標榜シタルニ止マリ必スシモ日本臣民ノ官吏ニ任セララルヘキコト

ヲ規定シタルモノニ非スト雖モ外國人ハ官吏タルコトヲ得サルハ其國法上並ニ國際法上當然ノ事由ニ因ルモノト謂フヘキナリ其他法人ハ官吏タルコトヲ得サルハ事實上ノ必要ナキニ因ルモノニシテ必スシモ茲ニ喋々其理由ヲ説明スルノ必要ナキナリ

(第二) 官吏ハ官吏任命ニ依リテ其分限ヲ取得スル者ナリ 茲ニ官吏任命ト稱スルハ各種任命行為中官吏タル身分ヲ生スベキ任命行為ヲ謂フ一般ニ任命ノ行為アリタル者ハ悉ク官吏ノ分限ヲ生スベキモノニ非サルコトハ注意スベキ點ナリトス

官吏任命ノ性質ニ付テハ皆テ違ヘタル爲法上ノ契約ニ該當スルモノナリ然レトモ任命行為ヲ以テ公法上ノ契約ト爲スニ至リシハ極メテ近世ノコトニ屬シ往時ニ在リテハ純然タル私法上ノモノト看做シ其契約ノ名目ニ付テハ種種論争アリト雖モ官吏關係ハ二箇ノ契約ヨリ成立セル特種ノ雇傭契約ナリトハ多數ノ一致スル所ニシテ其第一ノ契約トハ威職務ヲ擔任スルコト其第二ノ契約トハ一定ノ俸給ヲ受タルコト是ナリトモリ第十九世紀ノ當初ニ至リテ契約説

其勢力ヲ失セ官吏關係ハ片面的國家行爲ニ因リテ發生スルモノナリトテ說行ハルルニ至リシカ其後學說三轉シテ契約說ハ其形ヲ變シテ復活シ或者ハ一種ノ權力關係ヲ發生スル公法上ノ契約ナリトシ或者ハ必ズ以テ權力關係ヲ生セスト雖モ命令權ノ主體タル國家ニ對シテ公法上ノ權利義務ヲ發生セシムル公法上ノ契約ナリト爲スニ至レリ官吏關係ヲ公法上ノモノナリト爲ス說中條給權ハ私法上ノモノナリトスル者アリト雖モ近來ハ傾向ハ條給權ト雖モ亦公權ナリト論スル者多數ヲ占ムルカ如シ我現行法ニ於テハ官吏關係ヲ以テ總テ公法上ノ關係ト認メ其條給權ノ如キモ亦公權ノ性質ヲ有スルコトハ理論上然ルノミナラス大審院ノ判例ニ於テモ亦認ムル所ナリ余ハ此點ニ對テ一筆ヲ下シ官吏分限取得ノ原因ニハ任命ノ形式ヲ以テ然ルニ選舉ニ依リ官吏關係ヲ生スト爲ス者アリト雖モ我國法上ノ見解トシテハ甚シキ誤謬ト謂ハナルヘカラズ

(第三)官吏ハ法令ニ依リテ統治機關ニ分配セラレタル行政ヲ掌管スヘキ義務ヲ負擔セル者ナリ官吏ナル觀念ニハ義務ヲ負ヘルコトヲ必要トスルモノナリ

シテ必スシモ現ニ此義務ヲ履行セル者ナルコトヲ要セサルナリ無任所公使休職者ヲハ退職中ノ官吏ノ如キ數テ官吏タルヲ害セサルモノトス

官吏ハ政務ヲ分擔スヘキ義務ヲ負フ此義務ヲ任官ノ效果トシテ發生スルモノナリ任官ニ付テハ官吏ハ豫メ承諾ナクシテ任官セララルコトナシト雖モ就職ニ關シテハ其同意ヲ缺タスシテ任命セララルモノトス

官吏ハ法令ニ依リテ分配セラレタル政務ヲ處理ス故ニ兵士ノ如キ國家ノ戰鬥力ノ實體ヲ成シ政務ニ參與セサル者ハ官吏ニ非ス加之兵士ハ其職ニ就クコトヲ強制セララルモノナリ以テ官吏トハ全然異ナリタル法律上ノ位置ヲ有スルモノナリ

(第四)官吏ハ其分限トシテ直接ニ元首ニ隸屬ス會計検査官又ハ司法官ノ如キ官吏ハ獨立シテ政務ヲ處理スト雖モ其進退ハ總テ元首ノ掌中ニ屬ス其他ノ官吏ニ至リテハ固ヨリ元首ニ隸屬セルモノナルコト論ヲ缺テサルナリ職員ノ如キハ選舉ニ依リ其身分ヲ得タルモノナルヲ以テ實質上官吏ト區別スルコトヲ得シ又公共團體ノ吏員ノ如キハ所謂間接國家機關ナリト雖モ其身分ハ

權利如何ヲ攷究スルコト必要ナリ又國籍法ハ純然タル公法ナレトモ國際私法上ノ問題ハ主トシテ法律關係ノ當事者カ國籍ヲ異ニスルヨリ發生スルモノニシテ國籍ノ決定如何ハ此問題ヲ解釋スルノ前提條件ナルカ故ニ茲ニ之ヲ研究スルコト必要ナリ加之國籍自體ニモ亦抵觸問題發生スルカ故ニ之カ國際私法的研究ヲ要スルコトハ我國法例中ニ之ニ關スル規定ヲ設ケタルヲ以テ知ルニ足ルヘシ故ニ予輩ハ本論ニ入ルニ先テ左ニ之ヲ研究セントス

第四章 外國人ノ地位

人類カ地球ノ各方面ニ割據シテ國家の共同生存ヲ營ムヤ建國ノ基礎國體ノ精華各相異ナルニモ拘ハラズ國家自體ハ素ト共同生存ノ必要ヨリ發達シタル現象ニ外ナラサルヲ以テ文明ノ利器益進歩シ交通ノ便宜愈開發シ天涯地極猶ホ比隣ノ如キ狀態ト爲ルニ隨ヒ國家間ニモ亦一大共同團體所謂國交親族 (Family of Nations) ヲ成シ國ハ玉帛ヲ以テ相交リ民ハ貨物ヲ交換シテ有無相通スルニ非ナレハ國家自體ノ生存ヲ完ウシ國民ノ福利ヲ増進スルコト能ハサルニ至リタ

ルハ眼前ノ事實ニシテ社會進化ノ情勢ナリ此情勢ニ從ヒ列國相對峙シテ文明國タルノ實ヲ舉ケント欲セハ文明國タルノ權利ヲ行フト同時ニ亦文明國タルノ義務ヲ盡ササルヲ得サルハ當然ノ結果ナリ茲ニ所謂文明國タルノ權利トハ内ニ在リテハ獨立自由ノ主權ヲ行ヒ外ニ對シテハ列國ト同等ノ國權ヲ行フノ權利ヲ謂ヒ文明國タルノ義務トハ獨立自由ノ主權ヲ行フニ當リ國際法又ハ文明國普通ノ慣例ニ基キ外國人ノ權利ヲ保護スヘキ義務ヲ謂フ蓋シ文明國タルノ義務トハ國家カ外國人ニ對スル關係ヨリ觀察シタル語ニシテ外國人ノ權利トハ外國人カ國家ニ對スル關係ヨリ觀察シタル語ナリ而シテ外國人ノ地位トハ此關係ヲ客觀的ニ觀察シタルモノニシテ外國人カ其在留國ノ法律上有セザル權利義務ノ實際上ノ狀態ヲ謂フ抑モ國際私法ハ素ト外國人カ內國人ト同等ノ私權ヲ享有スヘキコトヲ前提トシ其享有セザル權利ノ行使ニ關シテ之ニ適用スヘキ法則ヲ明カニシ以テ外國人ノ權利ヲ保護ヲ益正補セシメントスルノ必要ヨリ發達シタルモノナルカ故ニ國際私法ノ研究ヲ完ウセントモハ先ツ外國人ノ地位如何ヲ明カニセサルヘカラス故ニ予ハ本章ニ於テ此問題ヲ研究スルニ當リ

之ヲ別チテ三節ト爲シ第一節ニ近世文明諸國カ文明國所爲ノ義務ヲ盡スニ至
ル所以ノ沿革ヲ叙述シ第二節ニ我國現行法令ニ於テ外國人の地位ヲ
説明シ第三節ニ歐米諸國ニ於テ外國人の地位ノ現狀ヲ比較研究セシムルヲ欲
スニ本章ニ於テハ前記ノ如ク其沿革ヲ叙述シテ其後ニ各國ノ地位ノ沿革ヲ
論ずルニ當リテハ第一節 外國人の地位ノ沿革
抑モ一國ニ於テ外國人の地位ハ其國ノ文明開化ノ程度ト相應スルモノニ
シテ古代未開ノ社會ニ於テハ四邊皆蠻貊ニシテ掠奪吞噬スルモノカ故ニ各國
各部落ハ其共同生存ヲ保持スルノ必要ヨリ一切ノ權利ヲ舉テ之ヲ國民ノ特
權トシ外國人ヲ敵視シテ毫モ其權利ヲ保護セザリシモ社會ノ文化稍々開發
ルニ從ヒ漸ク外國人ニ私權ノ一部分ヲ與フルニ至リ而シテ社會ノ文化益々發
達シ國家の共同體ノ組織愈々整頓スルニ從ヒ外國人ノ差別ハ益々倫理的ト爲
リ政治的下爲リ愛國ノ至誠ト益政ノ公權ト專テ內國人ハ本分特權トシテ之
ヲ外國人ニ囑望シ付與スルニトテ得ルモノハ僑人ノ間等ハ關係ヲ規定セシム

法上ニ於テハ内外國人ヲ平等視シ國家ノ公益ニ反スルカ如キ重大ナル原因ノ
存セザル限リ內國人ト等シテ外國人ノ權利ヲ保護スルヲ原則ト爲スニ至リ
若シ諸君カ古今東西ノ歴史ニ徴シテ外國人の地位ヲ研究セバ世界各國ノ法制
ハ皆外國人ヲ捨御免ノ敵視主義ヨリ内外人平等主義ニ進ムモノニシテ左ノ五
主義ヲ經過シ又ハ經過セシトスルヨリ知ラルルナルベシ
第一期 敵視主義
第二期 賤外主義
第三期 排斥主義
第四期 相互主義
第五期 平等主義
第一期 敵視主義
原始時代ニ於ケル人類自然ノ狀態ハ平和ナリシヤ將タ爭鬪ヲシヤ競争トシ
テ致フベカラスト雖モ人類ハ外物ノ供給ヲ待テテ其生存ヲ完ウスルモノニシ
テ外物ノ自然の供給ハ無盡藏ニ非サルコトヲ知ルベキハ人類自然ノ狀態ハ各

人ノ各人ニ對スル國爭ナリトノ思想ハ強テ之ヲ妄想トシテ否認スルコトヲ得
サルヘシ而シテ古代ノ民族カ生存競爭ノ必要ヨリ漸ク共同生存ノ範圍ヲ擴張
シテ村落ヲ成シ酋族ヲ成シ遂ニ國家ヲ建設スルニ至リタル方法ハ専ラ戰爭即
チ腕力ノ優勝劣敗ニ因リタルモノニシテ酋族間若クハ國族間ノ自然ノ狀態
ハ各酋族ノ各酋族ニ對スル戰爭各國ノ各國ニ對スル戰爭ナリシコトハ歷史上
爭フヘカラサルノ事實ナリ蓋シ歐洲大陸ニ於ケルカ如ク各民族互ニ土壤ヲ接
シテ相對峙セル諸國ニ於テハ四圍ノ外國皆敵ニシテ他ヲ征服スルニ非スンハ
則チ自ラ滅亡スルコトヲ免レザリジカ故ニ國家ノ生存競爭ノ必要ヨリ外國ト
敵國トヲ區別スルノ餘地ヲ存セザリシナリ故ニ斯ル時代ノ國民ハ外國人ヲ視
ルニ敵國人ヲ以テシ各領國攘夷ノ主義ヲ採リ外國人斬殺御免ヲ以テ國法トセ
タルハナシ

社會ノ文化稍々開發シ内ニ對シテハ共同團體ノ組織漸次鞏固ト爲リ外ニ對シ
テハ他國ト平和條約ヲ締結シ一時好親ヲ維持スルコトヲ得タル程度ニ達シタ
ル國民ニ在リテモ尙ホ且敵視主義ヲ保持シ外國人ヲ呼フニ敵人ノ意義ヲ有ス

ル文字ヲ以テセリ之ヲ要スルニ世界各國ノ國民ハ皆嘗テ外國人ヲ敵國人ト區
別セザリシ時代ヲ經過シタルコトハ古代歷史ノ證明スル所ニシテ外國人ノ無
權利ナリシコトハ固ヨリ論ヲ竣タサルナリ

第二期 賤外主義

社會ノ文化漸ク開發スルニ從ヒ自國ト平和關係ヲ有スル外國人ヲ強ヒテ敵國
人トシテ虐遇スルノ必要漸ク減少シ共同團體ノ組織漸ク整備シテ風俗宗教ヲ
異ニスル外國人ト接觸スルモ敢テ其生存ヲ危クスルノ憂稍々減少スルニ從ヒ
漸ク外國人ノ來住ヲ認許スルニ至リタリト雖モ仍ホ猶ク外國人ヲ卑賤視シテ
逐ニ劣等ノ人類ト爲シ殆ト禽獸ト同一視セシコト猶ホ漢人カ四圍ノ外人ヲ夷
狄蠻戎ト蔑視セシカ如シ蓋シ敵視主義衰退シテ賤外主義始メテ發生セシニ非
スシテ外國人ヲ劣等動物ト爲スノ觀念ハ當初ヨリ併存シタリト雖モ敵視主義
ノ熾ナル時代ニ於テハ賤外主義ハ遂ニ外部ニ表現スルノ餘地ナカリシノミ
抑モ人類ハ自己ノ了解セザル言語ヲ口ニシ自己ト別種ノ風俗人情ヲ有スル外
國人ニ接觸スルトキハ其事情ヲ審ニスルニ先チ之ヲ嫌厭スルノ感情ヲ有スル

メナク、文化尙キ幼稚ナル時代ニ於テハ政治ト宗教ト混同シ祖先崇拜主義ヲ基礎トシ宗教ヲ以テ民心統一ノ要具ト爲シ此宗教ニ與ルコトヲ得ズル外國人ヲ目シテ異端外道ト爲シ以テ共同團結之鞏固ヲ期セシ力故ニ賤外主義ノ始期ニ於ケル外國人ノ地位ハ奴隸ヨリモ進ニ劣等ニシテ管ニ法律上ノ人権ヲ享有セザルノミナラス社會上ニ於テモ亦之ト共ニ齒スル者ナカリシコトハ印度埃及猶太希臘羅馬等ノ古代史ノ證明スル所ナリ。其時ノ外國人ハ卑賤ノ第三期ニ排外主義ニ從ヒテ其權利ヲ喪失シ、外國人ハ卑賤ノ第三期ニ排外主義ニ從ヒテ其權利ヲ喪失シ、各國ノ國民相交通往來スルコト漸ク増加スルニ從ヒ賤外主義漸ク減少シ外國人ハ必スシモ劣等動物トシテ蔑視スヘカラルコトヲ知得スルニ至リタルト同時ニ國民の利己主義ノ思想益々熾ニシテ外國人ニ特別ノ利益ヲ付與スルコトヲ拒絕シ外國人ノ取得セル財產ヲ沒收シ以テ君主又ハ國民ノ私欲ヲ逞シウスルニ至レリ此時期ヲ稱シテ外國人排斥主義ト言ハントス即チ賤外主義ハ内外人ノ品質の優劣ノ觀念ヨリ胚胎シ排外主義ハ内外人ノ實利的保護ノ區別ヨリ由來ス故ニ排外主義ノ初期ニ於テハ賤外主義ハ終期ト實際止メ結果異ナル

ル所ナシト雖モ大ニ其思想ヲ異ニセルコトヲ知ルニ蓋シ賤外主義ニ於テハ外國人ハ國法ニ服從セズ又其保護ヲ享ケタルコトヲ以テ原則トスルモ排外主義ノ時代ニ於テハ之ニ反シテ外國人ハ必ス國法ニ服從シ隨テ其保護ヲ享ケヘキコトヲ原則トシ唯特定ノ保護ヨリ外國人ヲ排斥シテ內國人ヨリモ不利益ナル地位ニ立タシムルノミ而シテ賤外主義ノ遺風ハ内外人ノ結婚及ヒ歸化ノ禁制ト爲リテ近世ニ至ルマテ存在シ排外主義ノ遺風ハ外國人ノ遺產沒收若クハ土地所有權ノ禁制ト爲リテ現在尙ホ其述ヲ絶タサルモノアリ

第四期 相互主義

人類社會ノ文化益々開發シ通商貿易ノ便宜漸ク進歩スルニ隨ヒ排外主義ハ各國民交通ノ自由ヲ妨害シ他ヲ排スルハ必スシモ己ヲ利スル所以ニ非サルコト益々明白ト爲ルニ從ヒ諸國ノ立法者亦國家ノ公益ヲ害セサル範圍内ニ於テ外國人ノ地位ヲ増進シテ內國人ノ地位ニ近カシムルコトヲ力ムルニ至レリ然ルニ國家間ノ關係ハ商人間ノ關係ヨリハ利益ノ左右スル所ト爲ルコト更ニ甚シキ故ニ一國ハ他國ノ國民ヲ優待スルモ他國カ必スシモ自國ノ國民ヲ爾力優待ス

ルコトヲ期スヘカヲサルカ故ニ他國カ自國臣民ヲ優遇スル程度ニ應ジテ其他國ノ臣民ヲ優遇スルヲ以テ原則トスルニ至レリ之ヲ稱シテ對等相互主義ト名ク此主義ヲ別チテ外交上ノ相互主義ト立法上ノ相互主義ト爲ス

(一) 外交上若クハ條約上ノ相互主義トハ外國人ノ私權享有ノ條件ヲ條約上ノ擔保ニ繫ラシムル主義ニシテ外國人ハ其本國カ條約上自國人ニ許スル權利ト同一ノ權利ヲ享有スルモノト規定スルニ在リ佛國民法ヲ首メトシ白耳義希臘ルタセンブルヒ天侯國瑞西其他佛國民法ヲ採用セル諸國ニ行ハルモノナリ

(二) 立法上ノ相互主義トハ外國ノ法律カ自國國民ニ許容スル程度ニ於テ外國人ニ私權ヲ許與スルヲ以テ原則トスル諸國ノ法律ヲ謂フ即チ立法上ノ相互主義ハ條約上ノ相互主義ヲ矯正シタルモノナリ獨逸民法施行前ノ普通法埃太利、匈牙利瑞典諾威セルビヤ、瑞西諸州等ノ民法ハ之ニ屬ス

抑モ私權ノ保護及ビ享有如何ノ問題ハ一國私法上ノ問題ニシテ素ト國家ノ自由ニ規定スヘキ事項ニ屬スルカ故ニ相互主義ヲ以テ國家カ其私法上人類ノ權利

ヲ保護スルノ基礎ト爲スカ如キコトハ現今ノ法律思想ト背馳スル不當ナル立法ト謂ハサルヘカラス彼ノ法律相互主義ヲ採ル諸國カ同一ノ權利ヲ保護スルニ權利者所屬國ノ法律如何ニ依リテ之ヲ異ニスルカ如キハ私權ノ保護畫一ノ法律思想ニ背反スルモノナリ特ニ佛國民法ノ如ク條約相互主義ヲ採リ最モ恒久的性質ヲ要スル私權ノ享有ヲ外交政略ノ如何ニ依リテ應機應變ノ與奪ヲ免レサル條約上ノ規定ニ一任スルカ如キハ一國ノ民法及ヒ通商條約ノ性質ニ違反スルノミナラス無條約國人ハ竟ニ何等ノ私權ヲモ享有スルコトヲ得サルカ如キ不當ナル結果ヲ免レサルモノニシテ内外人間ノ交通ノ自由ヲ害シ取引ノ安全ヲ妨クルヤ甚タ大ナリトス故ニ佛國法學者ハ羅馬法ノ市民法及ヒ萬民法ノ區別ヲ費用シテ私權ヲ民權(ドローワ、シヴル)ト自然權(ドワット、ナチュレル)トニ區別シ前者ハ原則上内國人ノミニ專屬スル私權ニシテ外國人ハ民法第十一條ノ規定ニ從ヒ相互條約ノ規定ヲ缺テテ始メテ之ヲ享有スルコトヲ得ルモ後者ニ屬スル私權即チ自然權ニ至リテハ條約上ノ相互ヲ要セズシテ外國人モ等シク之ヲ享有スルモノトモリ然ルニ民權及ヒ自然權ノ區別ハ素ト機械的區別ニ

シテ學理上ノ根據ヲ有セザルカ故ニ學者ニ依リテ其標準ヲ異ニシ特ニ外國人ノ地位ニ關スル法律思想漸ク發達スルニ隨ヒ自然權即チ外國人ノ當然享有スルコトヲ得ヘキ私權ノ範圍漸漸増進スルト同時ニ所謂民權ノ範圍之ト反比例ヲ爲シテ愈々縮少シ現今ニ於テハ殆ト有名無實ト謂フモ敢テ過言ニ非サルニ至レリ是ニ於テ佛國現時ノ法學者ハ民法第十一條ノ解釋ニ苦ミ種種ノ理由ヲ附會シテ外國人ハ內國人ト同等ノ私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスルコトヲ主張シ其結果トシテ學說上ニ於テモ裁判例ニ於テモ民法ノ明文ト牴觸スルカ如キ反對解釋一般ニ行ハルルニ至レリ

佛國民法ヲ繼受シタル白耳義國ニ於テモ亦民法第十一條ノ規定ハ殆ト死文徒法ニ歸シ立法上ノ改正ト學說ノ進歩トニ依リ現今同國ニ於ケル外國人ハ相互條約ヲ要セスシテ殆ト一切ノ私權ヲ享有スルコトヲ得ルニ至レリ即チ唯養子ヲ爲シ又ハ養子ト爲ルノ權後見人ト爲ル權等二三ノ私權ノミ尙ホ所謂民權トシテ相互條約ノ擔保ヲ要スルノミ之ヲ要スルニ相互主義ヲ以テ私權ノ享有ヲ規定スルカ如キハ現今ノ法律思想ト相容レザルカ故ニ或ハ立法上ノ改正ニ依

リ或ハ裁判上ノ解釋ニ依リ漸ク其迹ヲ絶ツニ至ラントス

第五期 平等主義

私權ノ享有ニ關スル規定ノ相互主義ハ前述ノ如ク到底現今ノ狀態ニ適セザルカ故ニ近世文明國ニ於テハ佛國民法ヲ模倣シタル諸國ニ於テモ皆此主義ヲ拋棄シテ内外人平等主義ヲ採ルニ至レリ而シテ之カ先登第一ハ實ニ和國民法ナリトス蓋シ千八百二十九年ノ制定ニ係ル和國民法及ヒ法例ハ近世國際私法ノ發達上一大時期ヲ成スモノニシテ當代ニ於ケル最モ進歩シタル法律思想ヲ表彰シタルモノト謂フヘシ即チ同國法例第九條ニ於テ「王國ノ民法ハ法律ニ定メタル例外ヲ除クノ外和國人及ヒ外國人ニ對シ均シク之ヲ適用スト規定シ而シテ民法第一編第一章ニ於テ私權ノ享有及ヒ喪失ヲ規定スルニ當リ外國人モ亦內國人ト等シク私權ヲ享有スヘキ能力ヲ有スルコトヲ明言セリ其法文ニ曰ク

第二條 王國ノ領土内ニ在ル者ハ總テ自由人ニシテ私權ヲ享有スルノ能力

ヲ有ス

奴隸及ヒ其他ノ人役ハ其性質又ハ名稱ノ如何ニ拘ハラズ王國內ニ於テハ

之ヲ認メス。人對人其權利義務ハ各國ニ異ナリ。王國內ニ於テハ即チ第一項ニ於テ汎ク和國國內ニ現在スル人類ハ内國人タルト外國人タルトヲ問ハス皆私權ヲ享有スヘキ權利能力ヲ有スヘキコトヲ明言セリ而シテ第二項ニ於テ奴隸其他ノ人役ヲ認メサルコトヲ再言セル所以ハ今日ニ於テハ當然自明ノ法理ニ屬スルモ當時ニ於テハ奴隸制度尙ホ存在セシカ故ニ和國國內ニ於テハ他國ニ於テ奴隸タル者ニテモ苟モ和國國內ニ在ル限ハ自由ノ人類トシテ私權ヲ享有スヘキコトヲ明カニセシカ爲メナリ是レ實ニ私法ハ人類のニシテ私權ハ人類ノ等シク享有スヘキ權利ナルコトヲ表彰シタル嚆矢ナリトス。和國民法ニ次テ内外人平等主義ヲ明言シタル法律ハ千八百六十五年制定ノ伊國民法第三條ナリ其條文ニ曰ク

外國人ハ内國臣民ニ屬スル私權ヲ享有ス

此法文ハ有名ナル「ビザチリ」及ヒ「マンチニ」等カ自由平等博愛ヲ三大綱領ニ基キ最モ絶對的ニ内外人平等主義ノ原則ヲ明言シタルモノニシテ外國人ハ如何ナル場合ニ於テモ伊國臣民ト同一ノ私權ヲ享有スヘキモノトセリ抑モ當時

ノ歐米諸國ニ於テハ排外主義又ハ相互主義ノ學說立法例尙ホ嚴存セシモ拘ハラズ伊國立法者ハ斷然無條件ニテ内外人ノ同權ヲ認メタルカ故ニ歐米諸國ノ法學者ハ皆滔滔數千言以テ伊國立法者カ世界各國ニ率先シテ内外人平等主義ヲ斷行セシコトヲ稱賛セサルハナシ而シテ伊國立法者ハ能ク民法第三條ノ精神ヲ保持シテ特別ノ制限ヲ設ケサルカ故ニ現今伊國ニ於ケル外國人ハ伊國船舶所有權及ヒ漁業權制限ノ外ハ伊國人ト全ク同等ノ私權ヲ享有セリ。其他葡萄牙民法一八六八年第二十六條西班牙民法一八八九年第二十七條等ニ於テハ法律又ハ條約ニ特別ノ規定アル場合ノ外外國人ハ内國人ト同シク私權ヲ享有スト規定シ「モンゴ」國法律一八九一年二月二十日第一條ニ於テハ外國人ハ總テノ私權ヲ享有シ其身體及ヒ財産ノ保護ニ關シテハ内國人ト同一ノ權利ヲ有スト規定セリ又千八百七十八年南米八箇國間ニ調印シタル「條約草案第一條」ニ於テハ伊國民法第三條ト同シク「外國人ハ内國人ト同一ノ私權ヲ享有スト」規定セリ英國ニ於テハ千八百七十年以泰彼ハ有名ナル歸化條例ヲ以テ慣習法ノ排外主義ヲ廢止シテ外國人ハ英國臣民ト同シク動産不動産ヲ取得シ

所有ノ讓與スルノ權利ヲ付與セシメ故ニ英國現行法ハ即チ内外人平等主義ヲ採ルモノニシテ英國ニ於ケル外國人ハ英國船舶所有權其一二ノ例外ヲ除クハ外内國人ト等シク私權ノ全體ヲ享有スルコトヲ得ルニ至レリ米國ニ於テハ各州ノ法律區區ニシテ一定セサルカ故ニ茲ニ之ヲ概論スルコトヲ得サレトモ外國人ハ不動產所有權及ヒ船舶所有權制限ヲ除クノ外ハ一般ニ内國人ト同シク私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスルニ至リテハ則チ一致セリ其他瑞典諾威丁統及ヒ露西亞ノ如キモ平等主義ヲ以テ原則トセサルハナシ

之ヲ要スルニ私法上ニ於ケル内外人平等主義ハ實ニ現今文明諸國ニ於ケル法律思想ノ進歩シタル結果ナリトス蓋シ現今ニ於テハ權利及ヒ人格ノ觀念ハ之ヲ形式的ニ論スルトキハ素ト各國立法者ノ制定物ニ外ナラサルモ之ヲ實質的ニ論スルトキハ各人ノ法律思想ニ存在シ世界の即チ人類の性質ヲ有スルモノニシテ各國ノ立法者カ必ス之ヲ保護セサルヘカラサル性質ヲ有ス固ヨリ國家ノ主權ハ萬能ナルカ故ニ一箇人ノ權利及ヒ人格ヲ保護スルト否トハ全ク自由ニシテ人類ハ敢テ天賦固有ノ權利ヲ有スルニ非サルモ是レ唯一片ノ理論タル

ニ過キスシテ實際ニ於テハ必ス商人ノ權利ヲ保護シ人格ヲ認メサルヲ得サルナリ故ノ碩學「イエリシグ」カ之ヲ形容シテ現今ニ於テハ權利及ヒ自由尙未盛氣及ヒ水ノ如ク内國人タルト外國人タルト間ハ各人ノ等シク享有スルニキ共有物ナリト云ヘルカ如キハ即チ此法律思想ヲ現ハシタルモノナリ又之ヲ國際法上ヨリ論スルトキハ各國ハ必スヤ商人ノ權利及ヒ自由ヲ認定スヘキ義務ヲ有スルモノニシテ安ニ之ヲ否認スルカ如キハ國際法上ノ慣例ニ違反スル結果ヲ來スモノナリ何トナレハ各國ハ其國民ノ權利自由ヲ保護シ且他國ヲシテ之ヲ尊重セシムルノ權利ヲ有スレハナリ近世ノ法律思想ハ此ノ如ク私權ノ人類の性質ヲ認ムルカ故ニ彼ノ國際法協會ニ於テハ國際私法ノ原則ヲ調査シテ之ヲ一定スルニ當リ千八百八十一年「オックスフォード」會議ニ於テ滿場一致ヲ以テ左ノ平等主義ノ原則ヲ國際私法ノ八大原則ノ劈頭ニ掲クルニ至レリ

第一條 外國人ハ何レノ國家又ハ宗教ニ屬スルヲ問ハス現行法律ニ依リテ特ニ設ケタル例外ヲ除キ内國人ト同一ノ私權ヲ享有ス

且國際法協會ハ各國立法者ニ之ヲ採用スヘキコトヲ勸告シ左ノ趣旨ノ國際條

約ヲ締結シテ之ヲ實行スル期スヘキコトヲ勸告セリ。其前文ニ曰ク本協會ハ各國民法ニ於テ左ノ八大原則ヲ一般ニ採用シ且之ト同時ニ第一條ノ補則トシテ左ノ規定ヲ掲タル國際條約ヲ以テ之ヲ實行ヲ擔保スヘキ希望ヲ茲ニ表示ス。茲ニ各締盟國ハ相互ニ他ノ締盟國全體ノ承諾ヲ得ルニ非テハ此規定ニ對シ新ニ何等ノ例外ヲモ設定セサルコトヲ約ス。現今尙ホ例外ノ存スル諸國ハ成ルヘク速ニ其內國法制ヲ改良シテ此規定ニ一致セシムヘキコトヲ約ス。國際協會年報第五卷第五六頁ニ其ノ決議ハ現今各國公法學者ノ一般ニ是認スル所ニシテ右ノ原則ハ現今文明諸國立法者ノ概テ採用スル所ナリ左レハ現今ニ於テハ一國ノ私法ハ決シテ其國民ノミニ專屬スルニ非スシテ汎ク人類ヲ基礎トシ人類ノ爲メ人類ノ權利ヲ保護スルモノナリ即チ之ヲ形容シテ言ヘハ私法ハ人類ノ權利ナリ私權ハ人類ノ享有スヘキ其有物ナリト謂フコトヲ得ヘシ故ニ領學ローランハ嘗テ白國民法草案ヲ起草スルニ當リ從來諸國ノ立法例ヲ打破シテ其第五十條ニ於テ私權ノ

享有ヲ左ノ如ク規定セリ曰ク凡ソ人ハ私權ヲ享有ス。且其理由ヲ説明シテ曰ク此草案ハ總テノ人ニ私權ノ享有ヲ付與スルコトニ依リテ外國人ヲ白耳義人ト同一視シタリ蓋シ我國公法ニ依レバ總テノ人類ハ皆法律上ノ人ニシテ外國人ヲシテ內國人ト等シク私權ヲ享有セシムルカ爲メニ伊國民法ノ如キ特別ノ明文ヲ要セサルナリト此草案ハ尙ホ未タ法典ト爲ルニ至ラスト雖モ外國人カ內國人ト同シク私權ヲ享有ストノ規定ハ自明ノ法理ニシテ理論上無要ナルコトヲ觀破シタル嚆矢ナリト云。白國民法草案ニ次テ編纂セラレ千九百年一月一日ヨリ法典トシテ實施セラレタル獨逸民法カ外國人ノ私權享有ニ關スル規定ヲ掲ケタルモ亦此趣意ヨリ由來スルモノナリ蓋シ獨逸民法施行法第三十一條ニ外國政府又ハ外國人ニ對スル報復權ヲ規定セルハ外國人ハ特別ノ制限ノ外ハ內國人ト同シク私權ヲ享有スヘキ原則ヲ前提トスルモノナリ而シテ其前提タル平等主義ノ原則ヲ民法中ニ規定セサル所以ハ現今ノ國際私法上ニ於テハ外國人カ內國人ト同シク私權

テ享有スルコトハ既ニ當然自明ノ法理ニ屬スルカ故ニ敢テ特別ノ規定ヲ要セ
ストセルカ爲メナリ。然レモ其舊法ニ據ルモノハ平等主義ノ範圍ニ屬スル中
我民法第二條ニ於テ外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除ク外私權ヲ享
有スト規定セルハ前掲諸國ノ立法例ニ倣ヒ内外人平等主義ノ原則ヲ明言シタ
ルモノニシテ現今ノ文明國ニ於テハ既ニ明文ヲ要セサル自明ノ法理ニ屬スト
雖モ我國現今ノ立法上外國人ノ權利ニ關スル主義ハ一大變遷ノ時期ニ際會セ
ルカ故ニ特ニ此規定ヲ必要トセルナリ蓋シ我國ノ法制ハ最近五十餘年間ニ外
人斬捨御免ノ敵視主義ヨリ内外人平等主義ニ進ミタルモノニシテ黑船始メテ
近海ニ出沒シタル當時ニ於テハ外國人ヲ刑法上ニ於テモ尙ホ人格ヲ認メラレ
ナリシカ舊條約締結ノ際ヨリ漸ク人格ヲ認メラルニ至リシモ仍ホ外國人ハ
原則上無權利ナリシナリ然ルニ維新以來我國文化益々開發シ法律制度亦範ヲ
泰西ニ採リテ漸ク完備スルニ隨ヒ國法ノ原則上外國人無權利ノ舊主義ハ漸ク
述ヲ潜メ近世文明諸國ノ通義ニ則リテ外國人ノ權利自由ヲ保護シ其國家ノ公
益上ヨリ制限ヲ要スルカ如キ權利ハ例外トシテ一之ヲ明言スルニ至レリ且

無條約國ノ人民ニ對シテモ我國ノ實際上一般外國人ノ享有セル權利保護ヲ付
與スルヲ以テ原則トセリ今此等ノ事實ヲ法理的ニ綜合スルニキル我國現今
於テハ民法第二條ヲ規定ヲ埃タスシテ外國人ハ法令ニ特別ノ制限アル場合ヲ
除クノ外ハ內國人ト同シク私權ヲ享有スルヲ以テ原則トスト謂ハサルヘカラ
ス即チ我國法律ハ法律思想ノ自然的發達ニ由リ暗暗裡ニ内外人平等主義ノ原
則ヲ採用シテ外國人ノ私權ヲ保護スルニ至リシコト蓋シ爭フヘカラサルノ事
實ナリ而シテ此法律思想ノ發達ハ即チ我國文明ノ進步ニシテ我國民力歐米列
國ト對等ノ國交際ヲ爲スノ權利ヲ有スルニ至リタル所以ヲモ亦實ニ此ニ存
ス唯從來此原則ヲ一般的ニ明言シタル法文存セサルカ故ニ若シ新民法ヲ編纂
スルニ當リ獨逸民法ノ如ク此原則ヲ明言セサルトキハ或ハ法律ノ適用上誤解
ノ恐アルカ故ニ外國人ノ地位ニ關スル解釋ヲ一定センカ爲メ理論上寧ろ無要
ニ屬スルモ過渡時代ニ於ケル法典トシテ今日現行ノ原則ヲ概括的ニ明言セル
ヲ以テ故ニ民法第二條ハ我國立法ノ沿革ノ理由ヲ爲メニ必要ナル規定ナリト謂
フヘシス

之ヲ要スルニ私法上ニ於ケル内外人平等主義ハ實ニ現今文明諸國ニ於ケル通
則ニシテ荷モ文明國ヲ以テ自任スル國ノ立法者ハ一トシテ明文上或ハ實際止
外國人ハ禁止ノ明文アル場合ヲ除クノ外内國人ト等シク私權ヲ享有スヘキコ
トヲ認メサルハナシ唯夫レ平等主義ノ原則ノ例外タル禁止ノ多少ニ至リテハ
國情ニ依リテ其程限ヲ異ニシ或ハ伊國英國ノ如ク僅ニ一二ノ制度ニ過キテハ
モノアリ或ハ獨逸米ノ諸國ノ如ク四五ノ禁止アルモノアリテ固ヨリ一定セズ
ト雖モ現今諸國ニ於テ外國人ニ禁止又ハ制限セル私權ハ概テ左ノ事項ニ屬ス

- 一 土地所有權ノ制限
- 二 船舶所有權ノ制限
- 三 漁業權ノ制限
- 四 礦業權ノ制限
- 五 訴訟上ノ保證ノ義務
- 六 多少公ノ性質ヲ有スル營業又ハ職業即チ取引所ノ仲買人國立銀行ノ役

員辯護士醫師藥劑師等ト爲ルノ制限

第二節 我國現行法令上ノ外國人ノ地位

本節ニ於テハ我國ニ於ケル外國人ノ現在ノ地位ヲ説明スヘシ
我國法令上ニ於ケル外國人ノ地位ハ之ヲ公權及ヒ私權ニ區別シテ論及セント
ス然ルニ公權私權及ヒ公法私法ノ區別ハ古來種種ノ學說アルモ未タ一定シ
ル學說ナシ隨テ此等ノ區別ノ研究ハ他ノ學科ニ於テ諸君ノ研究ニ一任シ予ハ
茲ニ唯普通ノ學說ニ從ヒ國家ト商人トノ間ニ存スル法律關係ヲ規定スル法律
ヲ公法トシ商人相互ノ間ニ存スル法律關係ヲ規定スル法律ヲ私法トシ斯ル公
法ノ規定ニ依リテ保護セラルル利益ヲ公權トシ私法ノ規定ニ依リテ保護セラ
ルル利益ヲ私權トシ左ニ我國現行法令上ニ於テ外國人カ享有スル所ノ公權及
ヒ私權ノ大要ヲ説明スヘシ

第一款 公權

公權ヲ分テ又左ノ二種トス

- (甲) 商人カ國家ニ對スル關係ヨリ生スル權利即チ所謂國民權又ハ人權トド
コヲ、*ド、ロシエ*ニシテ商人ノ自由ノ保護ヲ目的トスル權利ナリ
- (乙) 商人カ國家統治權ノ行使ニ參與スルノ權所謂參政權ニシテ一商人カ國
家ノ共同團體ノ一員タル資格ニ於テ或ハ國家ノ機關トシテ働キ或ハ國家機
關ノ組織ニ參與スルノ權利ナリ
- (甲) 人權若クハ商人ノ自由權
- 此權利ハ憲法其他諸般ノ法令ヲ綜合シ之ヲ基本トシテ説明スベシ商人ノ自由
權又ハ人權ハ國家ノ干渉ヲ受ケサル自由ノ範圍ヲ謂フ商人ノ自然的行爲ノ自
由ハ多クハ國家ノ制限ヲ受ケサルモノナリ隨テ此等ノ行爲ニ對シテ特別ノ明
文ヲ以テ之ヲ保障スルノ必要ナキモ或種ノ行爲ハ古來國家ノ制限ヲ受ケタル
カ故ニ所謂國民ノ基本權又ハ人權ナルモノヲ確保シ依リテ以テ國家ノ制限ヲ
除却スルノ必要アリ近世公法ノ發達ハ即チ此必要ヨリ由來シタルモノニシテ
英國ノ權利ノ宣言ヲ始トシ米國獨立ノ憲法等ニ於テ益々之ヲ確認シ殊ニ紀元千

七百九十一年佛國大革命ノ憲法ニ於ケル所謂人權ノ宣言ニ依リテ益々其範圍ヲ
擴張セシ以來各國ノ憲法ニ於テ商人ノ自由權ヲ保障スルノ習慣ヲ生セリ即チ
此等ノ制限ヲ除去シタル憲法及ヒ法律ノ規定ハ同時ニ國家ノ干渉ヲ免ルルノ
權利ヲ各商人ニ與フルモノナリ故ニ商人ノ自由權ハ國家ノ行政行爲ニ對スル
制限ナリ此等ノ事項ハ諸君カ行政法ニ於テ研究セラルヘキ點ナレトモ今左ニ
商人ノ自由權ノ重要ナルモノヲ掲クレハ凡ソ左ノ數箇アリ

- 一 往來、居住ノ自由
- 二 身體權、財產權、居住及ヒ文書ノ不可侵
- 三 信教言論著作集會及ヒ結社ノ自由
- 四 營業ノ自由
- 五 教育ノ自由
- 六 請願權
- 七 國家ノ救助請求權
- 以上ニ掲ケタル諸種ノ自由權ニ付テ予ハ外國人カ我國法上如何ニ之ヲ享有ス

ルカ又如何ナル制限ヲ受ケツツアルカラ研究スヘシ國土主權國ニテモ此等ノ自由權ハ近世文明國ニ於テハ外國人モ亦之ヲ享有スルヲ以テ原則トスルモ外國人ハ必スシモ內國人ト同一ノ程度ニ於テ之ヲ享有スルモノニ非ス又此等ノ權利ハ往往行政權ノ行使ニ依リテ左右セラレルノ虞アルヲ以テ各國ハ其在外臣民ノ權利ヲ保護スルノ必要アルカ故ニ概テ通商條約ヲ以テ此等ノ權利ヲ享有セシムルノ擔保ヲ規定スルヲ例トス故ニ此等外國人ノ權利ヲ論及スルニ當リテハ我現行ノ法令ヲ攻究スルト同時ニ我國現行ノ條約ヲ研究セサルヘカラス

第一 往來居住ノ自由 從來我國ニ來住スル外國人ハ領事裁判權ノ特典ニ浴シタルト同時ニ其特典ヲ享受スル範圍ハ所謂開港地ニ限ラレタルモノニシテ其區域以外ニ出ツルトキハ單純ノ旅行ト雖モ皆許可ヲ受クルコトヲ要シタリ然ルニ明治二十一年日墨間ノ通商條約ヲ首メトシ明治二十七年以來歐米諸國ト結セタル通商航海條約ニ於テハ近世文明國間ノ慣例ニ基キ彼此對等ノ權利義務ヲ規定シ互ニ其臣民ノ往來居住ノ自由ヲ與フヘキコトヲ約定シタリ即チ

雜 報

○騙取ノ目的ニ出ツル強制執行 金錢ヲ騙取セント欲シテ預リ證書ヲ偽造シ裁判上勝訴ノ判決ヲ受ケ強制執行ノ方法ニ依リテ金錢ヲ收得シタル所爲ハ刑法第三百九十條ニ間フヘキモノナルコト論ナキカ如シト雖モ凡ソ強制執行ナル手續ハ判決ノ結果ニシテ其手續自體ハ固ヨリ不當ナリト謂フコトヲ得ス然レトモ前記ノ如キ意思ヲ以テ斯ル手續ニ出タル者ヲ罰スヘキハ法ノ精神上當然ナリト謂フヘシ果シテ然ラハ右ノ如キ所爲ニ對シテ刑法第三百九十條第一項及ヒ第二百十條ヲ適用シ第百條ニ依リテ處斷スヘキモノナリヤ將タ又刑法第三百九十條第二項ヲ適用スヘキモノナリヤ此實際問題ハ過般大審院ニ於テ判決ヲ與ヘラレタリ而シテ原院大阪控訴院ハ右ノ兩說中前說ニ依リテ判決セラレタルヲ同院檢察長ハ之ヲ不當トシテ上告セラレタリ其上告趣意ハ要スルニ金錢ヲ騙取シタルハ強制執行ノ結果ニシテ證書ノ行使ハ其以後ナリト認メテ二罪ニ間ヒタル原判決ハ不法ナリト云フニ在リ大審院ハ之ニ對シ説明

ヲ與ヘテ曰ク「刑法第三百九十條第二項ニ因テ官私ノ文書云云トアルハ詐欺取
財罪ヲ犯スニ因テ官私ノ文書ヲ偽造行使シタル場合ヲ云フ然ルニ原判文ニハ
強制執行ノ末請求金額ヲ騙取シ該偽造證書ヲ喜作ニ交付シトアリテ原院ハ金
額ヲ騙取シタルハ強制執行ニ基キタルモノニシテ證書ノ行使ハ騙取ノ以後ニ
在リト認メタルモノナリ故ニ本件ニ於テハ文書ノ偽造ハ詐欺取財罪ヲ犯ス以
前ニ在リト雖モ其行使ハ詐欺取財罪ヲ犯シタル後ニ在ルヲ以テ此ノ場合ニ於
テハ詐欺取財罪ト文書偽造行使罪ハ全ク別箇ノ犯罪ナルヲ以テ原院カ刑法第
百條ヲ適用シタルハ相當ナリトス」（大審院明治三十四年第一五一五號私書
十二日第二部宣旨）然レトモ詐欺取財ノ目的ヲ以テ證書ヲ偽造シ裁判上之ヲ行使シ其
結果強制執行ニ依リテ犯人カ其目的トセル所ヲ達シタルモノナル以上ハ其證
書ノ行使ト金錢ノ騙取トハ之ヲ分離スヘキモノニ非スシテ刑法第三百九十條
第二項ヲ適用スルヲ穩當トスヘキカ如シ若シ大審院ノ判決ノ如ク偽造證書ヲ
被詐欺者ニ交付シタル時始メテ偽造證書ノ行使罪カ成立スルモノトセハ其以
前ノ行為即チ強制執行マテノ行為ハ總テ適法ナリト謂ハサルヘカラサルニ至

ルヘシ而シテ本問題ハ事實認定權ノ範圍ニ屬スルモノニ非スシテ全ク法則適
用上ノ問題ナリトス余輩ハ茲ニ疑ヲ存シテ讀者諸君ノ研究ヲ待ツ者ナリ
○刑法改正案 政府カ鑒ニ第十五議會ニ提出セラレタル刑法改正案ハ議會
ノ閉會ニ因リ議了ニ至ラザリシカ其後法典調查會ニ於テハ委員ヲ増加シテ更
ニ綿密ナル調査ヲ爲シ且司法省ハ各裁判所並ニ各地方辯護士會ニ諮問シテ其
意見ヲ徵スル等夫「手ヲ盡シテ修正ヲ施シ去ル二十日ヲ以テ當期ノ議會ニ提
出セラレ」二十四日貴族院ニ於テ第一讀會ヲ經委員付託ト爲レリ今新改正案ヲ
以テ舊改正案ニ比シ其重ナル修正ノ點ヲ摘示セハ（一）舊改正案第一條ヲ刪除シ
テ全然罪質ノ區別ヲ廢シ（二）刑ノ範圍ヲ限極シタル等ハ輿望ヲ容レタルモノナ
ルヘク其體裁ニ於テ編及ヒ章ノ二目ト爲シ現行刑法並ニ舊改正案ノ如ク節以
下ノ標目ヲ置カサルハ大標目中ニ在ル多數ノ規定カ動モスレハ大標目ノ文字
ニ適切ニ包含セラレサルノ虞アリテ徒ニ解釋者ヲ迷ハシムルノ基ト爲ルコト
アルヲ避ケタルト刑法ハ民法商法等ニ比スレバ其規定單純ニシテ一大標目ノ
下ニ多クノ規定ヲ彙纂スルノ必要ナキトニ由ルモノナルヘシ而レテ新改正案

ハ二編第一編總則第二編罪三十八章二百九十九條ヨリ成リ現行刑法ニ比スレ
ハ百三十一箇條ヲ減シ舊改正案ニ比スレハ一箇條ヲ減セリ然リ而シテ現行法
ニ對シテ修正ヲ加ヘタル重ナル點ハ(一)前示罪質ノ區別ヲ廢シタルコト(二)刑ノ
範圍ヲ擴張シタルコト(三)刑ノ執行猶豫並ニ免除ノ規定ヲ設ケタルコト(四)數罪
俱發併合罪ノ場合ニ現行刑法カ所謂吸收主義ヲ採レルニ反シテ新改正案ハ最
モ重キ刑ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期ト爲ス
ノ主義ヲ採リタルト同時ニ併科主義ヲ採リタルコト(五)再犯ノ場合ニ現行刑法
カ一等加重主義ヲ採レルニ反シテ新改正案ハ倍加重主義ヲ採リタルコト(六)政治
上ノ犯罪者ヲ一般犯罪者ト其待遇ヲ等シウセルコト(七)三月以下ノ自由刑ニ付
キ贖金制ヲ設ケタルコト等ハ著シキ主義ノ變更ト謂フヘク其他(八)刑名ヲ減シ
タルコト(九)監視ノ效果ヲ警察上ノ處置ニ止メタルコト(一〇)國際犯罪ニ關スル
規定ヲ設ケタルコト(一一)官吏公吏以外ノ公務員ニ對スル犯罪ヲ規定セルコト
(一二)流刑、流刑等ニ對スル犯罪ヲ規定セルコト等ハ社會ノ進歩ニ伴フ所ノ必要
ト現行法ノ不備ヲ補フノ必要トニ職由スルモノナルヘシ

ハ二編第一編總則第二編罪三十八章二百九十九條ヨリ成リ現行刑法ニ比スレハ百三十一箇條ヲ減シ舊改正案ニ比スレハ一箇條ヲ減セリ然リ而シテ現行法ニ對シテ修正ヲ加ヘタル重ナル點ハ(一)前示罪質ノ區別ヲ廢シタルコト(二)刑ノ範圍ヲ擴張シタルコト(三)刑ノ執行猶豫並ニ免除ノ規定ヲ設ケタルコト(四)數罪俱發併合罪ノ場合ニ現行刑法カ所謂吸收主義ヲ採レルニ反シテ新改正案ハ最モ重キ刑ニ付キ定メタル刑ノ長期ニ其半數ヲ加ヘタルモノヲ以テ長期ト爲スノ主義ヲ採リタルト同時ニ併科主義ヲ採リタルコト(五)再犯ノ場合ニ現行刑法カ一等加重主義ヲ採レルニ反シテ新改正案ハ倍加主義ヲ採リタルコト(六)政治上ノ犯罪者ヲ一般犯罪者ト其待遇ヲ等シウセルコト(七)三月以下ノ自由刑ニ付キ贖金制ヲ設ケタルコト等ハ著シキ主義ノ變更ト謂フヘク其他八刑名ヲ減シタルコト(九)監視ノ效果ヲ警察上ノ處置ニ止メタルコト(一〇)國際犯罪ニ關スル規定ヲ設ケタルコト(一一)官吏公吏以外ノ公務員ニ對スル犯罪ヲ規定セルコト(一二)流刑、演船等ニ對スル犯罪ヲ規定セルコト等ハ社會ノ進歩ニ伴フ所ノ必要ト現行法ノ不備ヲ補フノ必要トニ職由スルモノナルヘシ

法學志林

第二十七號

一月二十日發行

毎月一回二十日發行○定價一冊金拾圓郵稅壹圓
校友生延、校外生ニ限リ特價一冊金八圓郵稅壹圓
拾圓前金七拾圓郵稅壹圓

志林

集論

散錄

解疑

判例

維新

記事

發行所

東京市麹町區富士見町六丁目
電話番町一七四

司法省指定
文部省認定
和佛法律學校

時政法ヲ紹介ス
代理占有ヲ論ス(永前)

法學博士
中村 龍雄

法學博士
村 謙三

監視期間ノ起算點ニ付テ

法學博士
小田 幹治

法學博士
小田 幹治

社會主義ノ三大派派論

法學博士
中村 龍雄

法學博士
中村 龍雄

原価さひん

法學博士
仁井田 達太郎

法學博士
仁井田 達太郎

新熟物ノ價額五千圓以上六千圓未満ニ對スル印刷法學士

法學博士
仁井田 達太郎

法學博士
仁井田 達太郎

裁判所ノ部ノ性質

法學博士
仁井田 達太郎

法學博士
仁井田 達太郎

大審院新判決三十二件

法學博士
仁井田 達太郎

法學博士
仁井田 達太郎

友生子通知ニ關スル法定代理人ノ訴訟資格ニ對スル判例外三件

法學博士
仁井田 達太郎

法學博士
仁井田 達太郎

明治三十四年十一月十四日第三種郵便物認可